

INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TOMO IV.

INSTITUCIONES
DE
DERECHO REAL
DE CASTILLA Y DE INDIAS,

POR EL DOCTOR

D. JOSÈ MARIA ALVAREZ,

CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL
Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

SEGUNDA EDICION GUATEMALTECA,

PRECEDIDA DE LA BIOGRAFIA DEL AUTOR,

Y ARREGLADA, CORREGIDA Y AUMENTADA CON MUCHAS NOTAS
Y VARIOS APÉNDICES
SOBRE DIVERSAS MATERIAS IMPORTANTES QUE NO CONTENIA LA OBRA,

POR EL LIC.do D.or

Don Doroteo José de Arriola,

Individuo del Ilustre Colegio de Abogados, Vice-presidente
de la Academia de Derecho teórico-práctico,
Miembro de la Cámara de Representantes de la República, &c.

TOMO IV.

GUATEMALA.

IMPRENTA DE L. LUNA, EDITOR.

1854.

Vir bonus et prudens . . . .
. . . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.

HORAT. *De Art. Poet.*

LIBRO IV.

DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE ÍNDIAS.

TÍTULO I.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE DELITO.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Definicion del **delito.**
3 Orígen y division de los delitos.
4 De donde nace la diferencia de los delitos en **públicos** y **privados.**
5 Otra division de los delitos en **ordinarios** y **estraordinarios.**
6 De los delitos meramente **eclesiásticos, seculares y mistos.**
7 Qué delitos son privativos de la jurisdiccion eclesiástica, y cuáles lo son de la real.
8 Continuacion de la misma materia.
9 Qué acciones nacen de los delitos.
10 Diferencias que hay entre dichas acciones.
11 Qué se entiende por **pena,** y cómo se divide.
12 De los delitos en particular y cuáles son éstos.
13 Qué es **hurto.**
14 Entre qué personas no se verifica hurto.
15 El hurto es de **cosa,** de **uso** ó de **posesion.**
16, 17 Tambien se divide en **manifiesto** y **no manifiesto,** y en **simple** y **calificado.**
18 Efectos de la accion, ya se intente civil ya criminalmente.
19, 20 Penas que, segun los casos, merecen los ladrones.
21, 22 En qué casos se impone la pena capital.
23 A quiénes compete la accion de hurto.
24, 25 Si el comodante y depositario tienen accion de hurto.

Todo derecho á la cosa, segun se ha dicho arriba, nace de la *obligacion.* Esta trae su orígen, ó inmediatamente de la equidad ó mediante algun hecho, el cual es, ó lícito ó ilícito. El *lícito* lo hemos llamado *convencion,* tratando de los contratos. Mas como el hecho *ilícito,* que es otra fuente de diversas o-

bligaciones, se llama *delito* ó maleficio, síguese ahora tratar de los delitos.

§. I.
De los delitos en general.

2—Por *delito* entendemos: *un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual se obliga quien lo ejecuta, así á la restitucion como â la pena* (1) (a). Se llama el delito *un hecho*, porque de la clase de delitos están escluidos los pensamientos (2). *Ilícito,*

(1) Pról. del tít 1 Part. 7. *Todo mal fecho, que se face á placer de una parte, é á daño é á deshonra de la otra,*

(a) O en otros términos: *Un acto por el que se quebranta* ó *traspasa una ley voluntariamente y á sabiendas, en daño ú ofensa del Estado ó de alguno de sus individuos.* De estos dos objetos que puede tener el acto, nace la distincion de *crímen* y *delito*, que aunque segun el Diccionario de la lengua, son sinónimos, en el lenguage jurídico se dá el nombre de *crímen* á los hechos atroces que causan grave daño á la República, directa ó indirectamente; y el de *delito* á los hechos ménos graves que ofenden directamente á un individuo, sin causar un gran perjuicio á la sociedad; y se añaden las otras diferencias, de que en el *crímen* puede ser acusador cualquier particular, y se castiga con penas aflictivas ó infamantes; y en el *delito* solo puede acusar el agraviado, y se castiga con pena menor ó correccional. Escriche, palabra *Crímen.*

(2) Tít. 31 Part. 7. No se debe confundir el *delito* con el *pecado*, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la ley divina, sea interna ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito; porque aun las acciones esternas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública, ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro

porque cuando no hay ley que prohiba, sea natural o civil, no se delinque obrando. Debe ser *cometido voluntariamente*, porque faltando la libertad, ningun hecho se puede imputar [*]. Finalmente: se

consentido interiormente con deliberacion, es pecado, y pecado grave; pero ni es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara. Los hombres, cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenian de usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen órden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones esternas que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad, ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado. El hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, como criatura con su criador. Toda accion que de cualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de éste, depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de leyes humanas. Fuera de que, si éstas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad, que es su verdadero y principal fin, conseguirían destruirla. Ademas de que tampoco sería posible castigarlos por su multitud. Lardizábal, *Disc. sobre las penas*, cap. 4 § 1.

[*] Aunque el ébrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la diminucion ó

añade que por el delito *se obliga quien lo comete á la restitucion y á la pena*; porque en todo hecho ilícito hay dos cosas que considerar, el daño hecho á otro, y la infraccion de las leyes: lo primero solo se puede subsanar por la restitucion en cuanto fuere posible; y por lo segundo es justo que sufra la pena.

3—Todo hecho ilícito puede traer su orígen ó de *dolo*, esto es, de intencion directa de dañar y entonces se llamará *delito verdadero*, al cual nuestras leyes comprenden bajo el nombre general de *malfetría*: ó de *culpa lata*, esto es, de descuido y negligencia, y entónces es *cuasi delito* (3): v. g., si un juez da una sentencia injusta por dañar á otro, comete un delito verdadero; pero si lo hace por ignorancia, será un cuasi delito. Los verdaderos delitos, de que tratarémos primeramente, ó son públicos ó privados.

remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena, segun las circunstancias: el segundo debe ser castigado como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto ninguno á la embriaguez, sino es para agravarle la pena. De Pítaco se dice, que imponía dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena. Lardizábal, allí.—Respecto de los que delinquen en estado de ebriedad, véase el auto acordado de esta Audiencia de 26 de junio de 1793; la ley de 6 de setiembre de 1806 art. 19, y el decreto de 29 de agosto de 1829.

(3) Ley 1 tít. 31 Part. 7.

Delitos *públicos* son aquellos que se dirigen principalmente contra el estado de la república, y dañan inmediatamente su seguridad y tranquilidad, y se llaman propiamente *delitos* y tambien *crímenes*: v. g., el delito de lesa-magestad ó de traicion. Delitos *privados* son los que directa é inmediatamente ceden en perjuicio de los particulares, sin que por esto dejen de ser dañosos á la república, y se dicen *maleficios*.

4—La diferencia de delitos públicos y privados, no solo nace de la diversidad del objeto contra quien primariamente se dirige el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder contra el delincuente de oficio propio, ó por denuncia ó acusacion, la que puede hacer cualquiera del pueblo, si no es que le esté espresamente prohibido. En este sentido por nuestro derecho, todos los delitos son públicos (4), á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder, sino á pedimento del marido (5), y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado (6).

5—Los delitos en general tambien se dividen en *ordinarios y estraordinarios*: aquellos son los que tienen pena señalada por ley, y éstos los que se vindican fuera del órden, por no haber pena determinada en derecho. Esto puede acontecer entre nosotros raras veces, porque las leyes han sido tan prolijas en establecer penas ciertas á toda especie de delitos, que solo uno muy estraño no la tendria

(4) Leyes 28 y sig. tít. 1 Part. 7.

(5) Leyes 3 tít. 7 lib. 4 Fuero Real, y 2 tít. 19 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tit. 26 lib. 12 Nov. Rec.

(6) Ley 4 tit. 10 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 3 tit. 25 lib. 12 Nov. Recop.

señalada. Lo que sí sucede frecuentemente es, que las penas impuestas en las leyes no se pueden aplicar á los reos, así por las diversas circunstancias que ocurren en cada caso, como porque la mutacion de los tiempos ha hecho variar el carácter y costumbres de nuestra nacion. Este es el motivo por qué la mayor parte de nuestras leyes penales ha perdido su vigor hasta quedar enteramente anticuadas y sin uso, como lo notaremos en cada delito (b).

6—Finalmente: hay unos delitos meramente *eclesiásticos*, otros meramente *seculares* y otros *mistos*.

(b) Tambien se distinguen los delitos en *políticos*, que son los que atacan á la Constitucion ó al Gobierno, y *civiles* que atacan la persona ó la propiedad de los asociados; en *notorios*, que son los que se cometen en presencia del juez, ó de la mayor parte de los vecinos del pueblo ó de muchos sujetos que induzcan notoriedad, y *comunes*, que son los que no se perpetran con esa publicidad; en *infamatorios*, que son los que menoscaban la reputacion del que los comete, y *no infamatorios*, que no envilecen ni deshonran; en *nominados*, que son los designados por las leyes con penas señaladas, y en *innominados*, los que, sin tener nombre en las leyes, ofenden ó se oponen en algo al derecho natural, de gentes ó civil; y finalmente, se dividen los delitos, segun los intérpretes, en *atrocísimos*, *atroces*, *graves y leves*, cuya mayor ó menor gravedad, depende de las diversas circunstancias que concurren al acto, y las cuales se hallan comprendidas en el siguiente verso latino:

Quis, quid, ubi, per quos, quoties, cur, quomodo, quando.

Es decir, quien es el ofensor y el ofendido, cual es el delito, dónde fué cometido, de qué medios ó instrumentos se valió el delincuente, cuantas veces incurrió en él, por qué motivo, de qué modo y cuándo. Véase á Tapia, *Febr. novis.*, tomo 7 tit. 1 cap. 1 n. 18 á 29.

Los primeros son aquellos cuyo conocimiento privativamente pertenece á los jueces eclesiásticos: v. g., los delitos comunes de los clérigos, la simonía, la heregía (7). Los segundos son los que corresponde conocerse y sentenciarse precisamente por los jueces seculares, ó por estar solo sujetos á su jurisdiccion los delincuentes, ó por estar prohibidos solamente por el derecho civil, y no por el canónico, à quien directamente no pertenece su castigo: v. g., el delito de traicion, de falsedad etc. Los terceros son aquellos en que indistintamente pueden conocer los jueces eclesiasticos y seculares, y se llaman *delitos de misto fuero*: v. g., la usura, sacrilegio, blasfemia etc.

7—Acerca de los delitos de los eclesiásticos es necesario tener presente, que los reyes en virtud de la suprema potestad, que les está concedida por Dios para el castigo de los delitos de todos los que sean miembros del Estado, podian poner las correspondientes penas á toda clase de personas. Mas los príncipes cristianos atentos siempre al obsequio y reverencia debida á la iglesia y á sus ministros, la defirieron la autoridad de juzgar las causas criminales de éstos (8), aunque con algunas limitaciones, pues no todos los delitos de los eclesiasticos quedaron sujetos á su jurisdiccion. Se debe, pues, distinguir entre sus delitos, unos que podemos llamar *comunes*, y otros *privilegiados* por graves y atroces: tales son los de lesa-magestad, el de parricidio, homicidio insidioso, y otros en que importa el pronto y severo castigo por el grande riesgo que corre la tranquilidad pública. La primera especie

(7) Ley 58 tit. 6 Part. 1.
(8) Van Esp. part. 3 tit. 3 cap. 1.

de delitos es privativa de la jurisdiccion eclesiástica; pero la segunda está reservada á la real, cuando haya de imponerse pena corporal, instruyendo el proceso criminal las dos jurisdicciones de acuerdo entre sí, hasta poner la causa en estado de sentencia, en el que se debe remitir al Consejo para lo que haya lugar (9).

8—En virtud de esta potestad que reside en los príncipes, se hallan ya en las leyes de Partida penas establecidas contra el eclesiastico falsificador del sello real, y perpetrador de otros delitos en sus personas y bienes (10). Pero en semejantes casos para no faltar al respeto debido á la iglesia, no se procede á sentenciar á los eclesiásticos reos de semejantes crímenes, sin que preceda la degradacion y libre entrega (11), remitiendo al efecto las causas á los prelados respectivos.

9—El efecto de los delitos es, que de ellos nacen regularmente dos acciones: una persecutoria de la cosa ó del daño; y otra penal, por la que se pide la pena pecuniaria, si la hay impuesta (12). En estos casos se dice intentarse la accion de los delitos *civilmente*; mas si se intenta con el fin de que el delito se castigue con la pena corporal correspondiente, como de azotes ó de muerte, se dirá intentarse *criminalmente*.

10—Entre los dos géneros de acciones esplicadas hay varias diferencias. La primera: que las persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo

(9) Real órden de 19 de noviembre de 1799. Nota 10 tit. 1 lib. 2 Nov. Re., y circular de 15 de set.[e] de 1815.
(10) Ley 60 tit. 6 Part. 1.
(11) Bened. XIV, *De Syn. Diœces.* lib. 9 cap. 6.
(12) Arg. de las leyes 41 y 25 tit. 1, y 18 tít. 14 P. 7.

menos en cuanto hubieron del difunto; mas las penales no, sino en el caso de estar ya contestado el pleito por el difunto. Segunda: que las persecutorias no infaman como por lo regular las penales. Tercera: en las persecutorias, si los delincuentes son muchos, todos estan obligados *in solidum*; pero pagando uno quedan libres los demas: en las penales no se libran por la paga de uno. De aqui se infiere, que las acciones *rei persecutorias y penales*, no se destruyen mútuamente, de suerte que intentada una, no se pueda intentar la otra. Lo que sí puede verificarse es, que con una sola accion se pidan ámbas cosas.

11--Por *pena* entendemos: *un mal que se hace sufrir á los delincuentes para satisfaccion y venganza de los delitos que han cometido* (13). Entre éstas, unas se llaman *capitales*, porque privan de la vida natural ó civil: v. g., la horca, el destierro perpétuo; y otras *no capitales*, porque solo hacen sufrir unos males que no llegan á la pérdida de la vida, como azotes, infamias, etc. (14) (c).

12—Veamos ahora los delitos en particular, y

(13) L. 1 tít. 31 Part. 7. *Enmienda de fecho ó escarmiento, que es dado segun ley, á algunos por los yerros que ficieron.*

(14) Arg. de la ley 4 tit. 31 Part. 7.

(c) Las especies de penas señaladas por las leyes son siete, cuatro mayores y tres menores, á saber: 1ª la de muerte ó perdimiento de miembro: 2ª la de trabajo perpetuo en los metales ó labores del rey: 3ª la de destierro perpetuo á isla ú otro lugar cierto, con ocupacion de todos los bienes: 4ª la de perpetua prision, que solo podia imponerse al siervo, segun dice la ley, porque la cárcel no es para castigo de los presos, sino para guardarlos hasta que sean juzgados: 5ª la de des-

primeramente los que el derecho de romanos llama *privados*, y son el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.

§ II.
Del hurto.

13—El *hurto* no es otra cosa: que *una contrecta-*

tierro perpetuo á isla, sin confiscacion de bienes: 6ª la de infamia, privacion de oficio, ó suspension temporal en el uso de él: 7ª la de azotes, heridas y deshonra pública, poniendo al reo en la picota ó al sol, desnudo y untado con miel para que le piquen las moscas. Las penas de trabajos públicos, destierro y prision, ya no son perpétuas, sino que se imponen solo por cierto tiempo, que no puede pasar de diez años; Orden de 20 de abril de 1800 y leyes 7 y 8 tít. 40 lib. 12 Nov.: bien que á veces se suelen aplicar con la *calidad de retencion*, en cuyo caso no adquiere el reo su libertad, aun cumplidos los diez años, sin previa licencia del soberano ó del tribunal que dió la sentencia. Tambien está prohibido señalar la cara á ningun reo, quemándole con fuego ó cortándole la nariz, sacándole los ojos ó haciendo otra cosa que lo afée: lo está tambien la de apedreo, crucifixion y despeño: ley 6 tít. 31 P. 7; igualmente que la de azotes: decretos de 17 de agosto y 8 de setiembre de 1813.—El género de muerte que suele usarse es el de garrote ó arcabucéo, segun las circunstancias de las personas, pues la de horca está abolida por decreto de 24 de enero de 1812. La confiscacion de bienes en ningun caso puede imponerse entre nosotros, conforme á la ley de garantías de 5 de diciembre de 1839, seccion 2ª art. 10, y art. 3 de la Acta consititutiva de 19 de octubre de 1851. Otras penas menores hay que se aplican segun el arbitrio del juez por delitos leves, y entre ellas son muy frecuentes las multas y penas pecuniarias. Véase la Real órden de 26 de mayo de 1797, que es nota 1 tít. 40 lib. 12 Nov. y art. 5 de la ley 21 tít. 41 del mismo libro.

cion [*] *fraudulenta de la cosa agena mueble, contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar* (15). Decimos que el hurto es *contrectacion*, porque no solamente es ladron el que se lleva la cosa agena, sino tambien el que la mueve de su lugar con intencion de llevársela. De aquí se infiere, que si alguno encuentra al ladron en su casa en el acto preciso de hurtar, debera éste ser castigado como tal, aun no habiendo transportado la cosa; y que no merecería sino pena estraordinaria el que hubiese entrado en la casa agena con ánimo de hurtar, pero no hubiese tocado cosa alguna. Decimos que el hurto es una contrectacion *fraudulenta*, así porque el dolo es necesario para todo delito, como tambien para diferenciarlo de la *rapiña*, que es el acto de quitar una cosa á otro, no fraudulenta, sino violentamente. Pero se infiere de aquí, que el delito de hurto no tiene lugar en los furiosos, locos, infantes, ni próximos á la infancia (16); porque hasta esa edad no son capaces de dolo [**]. Pero sí lo comete-

[*] Se usa de la palabra *contrectacion*, que es latina, derivada del verbo frecuentativo *contrecto, contrectas,* por no encontrar en nuestra lengua castellana voz, que segun la acepcion del derecho sea tan significativa, ni que tan propiamente esprese el acto con que el ladron echa mano á la cosa agena, la toma y se apodera de ella.

(15) Ley 1 tít. 14 Part. 7 *Furto es, malfetría que facen los homes que toman alguna cosa mueble agena ascondidamente sin placer de su señor, con entencion de ganar el señorío, ó la posesion ó el uso de ella.*

(16) Ley 17 tít. 14 Part. 7.

[**] Próximo á la infancia se llaman en las leyes, el mozo mayor de siete años, y menor de diez y medio, pues de ahí adelante se llama próximo á la pubertad.

rán los próximos á la pubertad, porque regularmente la malicia suple la edad. Decimos que el hurto ha de ser *de cosa agena*, porque si el dominio de las cosas no se hubiera introducido, tampoco se verificaría hurto, por ser comunes. De aquí se infiere que ninguno puede cometer hurto de cosa suya [*], y mucho menos de la que sea de ninguno, pues esta debe ser del primero que la ocupe. Asimismo se deduce la razon porque no comete hurto el que toma algo de una herencia aun no aceptada por el heredero á que dicen *yacente*, pues en este estado aun es de ninguno; pero como se apodera de una cosa que no le pertenece, debe restituirla con los frutos, y es castigado, aunque no como ladron (17). Decimos tambien, que esta substraccion de la cosa agena debe ser contra la voluntad de su dueño, porque si ésta se presume ó se supone de buena fé, no habrá hurto (18). Asímismo lo que se tome para socorrer la hambre en caso de necesidad *estrema* no es hurto, porque ó no es contra la voluntad del dueño, o a lo menos no lo es contra una voluntad racional. A que se añade, que en este caso las cosas se hacen comunes (d).

[*] Es verdad que se puede llamar ladron el que á su acreedor hurta la prenda que le entregó para seguridad de su crédito, aun siendo señor de ella; pero este no es hurto de cosa, sino de posesion, como diremos luego, hablando de las divisiones del hurto.

(17) Ley 21 tít. 14 Part. 7.

(18) Ley 1 tít. 14 Part. 7.

(d) Esta doctrina no se halla espresamente sancionada por nuestras leyes; pero lo está por el Derecho canónico, especialmente por el Cánon 26 *de consecratione*, dist. 5; por el cap. 3 *de furtis* en las Decretales; por el cap. 4 de las Extravagantes tít. *de reg. jur.*, y

14—Tampoco se verifica hurto entre el padre y el hijo, á lo menos en cuanto á los efectos civiles, pues en lo moral peca, y es un verdadero ladron; pero no nace accion de hurto, ni se le impondrá la pena de tal.

por el cap. *Exiit.* § *Nec quidquam de verb. signif. in* 6: *Nec juri poli in extremæ necessitatis articulo ad providendum sustentationi naturæ via omnibus extrema necessitate detentis concessa præcluditur, cum ab omni lege extrema necessitas sit exempta.* Es inútil combatir la indigencia solo con el temor de la pena: el indigente cometerá todos los delitos por los cuales pueda satisfacer sus necesidades, porque ¿qué pena puede haber mayor, ni mas próxima ni mas cierta que el morir de hambre? Solo pueden prevenirse los efectos de la indigencia procurando lo necesario á los que carecen de ello, ya promoviendo y protejiendo todos los géneros de industria en que puedan emplearse, ya proporcionándoles ocupacion dentro ó fuera de establecimientos destinados al intento; ya instituyendo cajas de economía en que por el atractivo de la seguridad y de la ganancia se inclinen las clases laboriosas á poner sus pequeños ahorros para no caer en el estado de miseria, ya poniendo en planta otras medidas propias de cada pais, ya por fin, como dice el Sr. Escriche, estableciendo á falta de otros medios, una contribucion regular entre las clases acomodadas, porque la pena de muerte que al fin caeria sobre el pobre abandonado, seria un mal mas grave que la pena que tiene el rico cuando se le quita una parte limitada de su sobrante. ¡Oh Gobiernos! esclama un sabio escritor, quitad á la pobreza la necesidad de perecer en los brazos del hambre ó en los del verdugo: mas bien que de hacer leyes sanguinarias, cuidad de proporcionar á los súbditos que carecen de renta ó propiedad, un trabajo útil que les suministre el sustento: averiguad las causas que producen la miseria, y aplicadles las precauciones y remedios convenientes.

Lo mismo se debe decir de la muger respecto del marido, y del siervo respecto de su señor (19) (e). Finalmente: se añade que debe intervenir en el hurto ánimo ó intencion de lucrar, porque faltando ésta, será otra especie de delito; y así, si alguno roba una esclava con fin deshonesto, ó si se apodera de mi cosa para dañarla ó para injuriarme, no comete hurto (20).

15—Divídese este delito en hurto de *cosa*, de *uso* y de *posesion*. El primero es tomar una cosa agena mueble, porque si fuere raiz no será hurto, sino fuerza ó violencia (21). Hurto de *uso* se verifica cuando uno aunque no se apropia la cosa agena, usa de ella de otra suerte de como debia, contra la voluntad de su señor; v. g., si usa de una cosa dada en comodato para mas tiempo del que se le concedió (22). Finalmente: hurto de *posesion* se comete cuando se toma la cosa propia justamente poseida por otro: v. g., si un deudor hurta á su acreedor la cosa que le habia dado por prenda (23) (f).

(19) Ley 4 en el princ. tít. 14 Part. 7.

(e) Como el tutor ó curador hace las veces de padre de su pupilo ó menor, nó puede tampoco ser perseguido como ladron por haberse tomado ocultamente alguna cosa de sus bienes; pero tiene que pagar duplicado al huerfano todo cuanto le hubiese sustraido: ley 5 tít. 14 Part. 7.

(20) Ley 1 tít. 20 Part. 7.

(21) Ley 1 tít. 14 Part. 7. El Sr. Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 pág. 82, llama *usurpacion* el hurto de cosa raiz. Véanse las leyes del tít. 34 lib. 11 Nov. Rec.

(22) Ley 3 tít. 14 Part. 7.

(23) Ley 9 tít. 14 Part. 7.

(f) Estas dos especies de hurto de *uso* y de *posesion* apenas merecen el nombre de *hurto*, y efectivamente

16—Se divide tambien el hurto en *manifiesto* y *no manifiesto*. *Manifiesto* se dice cuando el ladron es hallado, ó en el acto mismo de hurtar, ó con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquiera otro; pero antes de transportarla á aquel á donde intentaba, ahora fuese preso, hallado ó visto por el dueño, ó por cualquiera otro. *No manifiesto* es aquel que ni en el acto de hurtar, ni en el camino es visto ni aclamado como ladron (24). Esta division, aunque confirmada por la ley de Partida, ningun uso tiene en la práctica, como tampoco las penas impuestas á estas especies de ladrones, segun diremos despues.

17—De mas utilidad es la division del hurto en *simple* y *calificado*. *Simple* es, el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. *Calificado* es, aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ó entrando con armas (25). El hurto simple se subdivide en *grande* y *pequeño*: es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche; por la primera, segunda ó tercera vez; en la ciudad ó en los caminos: todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto, y la pena que se le debe imponer (26).

no se suele condenar á sus autores sino al resarcimiento de perjuicios. *Escriche*, palabra *Hurto*.

(24) Ley 2 tít. 14 Part. 7.

(25) Ley 7 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec.

(26) Leyes 18 tít. 14 Part. 7 y 7 y 9 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec.

§ III.

De las acciones que competen contra los ladrones, y penas que les impone el derecho.

18—Dijimos, hablando de los delitos en general, que las acciones que nacen de ellos se pueden intentar civil ó criminalmente: si intentáremos la accion *civilmente*, tendrá el efecto de que el delincuente pague la multa pecuniaria, siempre que la haya establecida por las leyes, á mas de la restitucion de la cosa ó satisfaccion del daño; pero si se intentare *criminalmente*, sé le castigará corporalmente con la pena impuesta al delito, para escarmiento de otros malhechores; como v. g., con azotes, destierro etc.

19—En el hurto, pues, á mas de conceder el derecho al dueño accion para perseguir la cosa hurtada, ó exijir la estimacion á aquel que se la hurtó [*], debe el ladron si el hurto es *manifiesto*, pagar ademas el cuatro tanto del valor de la cosa, y en el *no manifiesto* el dos tanto ó duplo (27); estendiéndose esta pena contra los que dan ayuda ó consejo tal, que por su influencia se realice el hurto que de otra manera no se hubiera hecho (28). Pero convienen todos

[*] Debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir el señor contra el mismo ladron ó sus herederos, por ser la accion con que la pide de las que llaman *persecutorias de la cosa*, que competen tambien contra los herederos, segun hemos notado yá; pero el cuádruplo ó duplo solo puede pedirlo (suponiendo que esta pena estuviese en práctica) contra el ladron, y no contra sus herederos; si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado el pleito, por ser esta accion puramente *penal*. Así lo dispone la ley 20 tít. 14 Partida 7.

(27) Ley 18 tít. 14 Part. 7.

(28) Ley 4 del mismo tít. Ant. Gomez, *Var. resol.*

en que estas penas pecuniarias impuestas á los ladrones, no estan en uso, sino solo las corporales que diremos, ú otras á arbitrio del juez atendidas las circunstancias; precediendo siempre que sea posible, la restitucion de la cosa hurtada y satisfaccion de perjuicios (g).

20--Acerca de los hurtos simples y calificados está dispuesto, que por el primer hurto simple se imponga al reo alguna pena de vergüenza y seis años de galeras, ó á algun presidio (29). Por el segundo, cien azotes y diez años de destierro (30). Posteriormente se ha declarado, que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, segun y cómo se regulare la cualidad del delito, teniendo presente para ello, la repeticion ó reincidencia, el valor de lo hurtado, la

cap. 5 núm. 4.

(g) Hay sin embargo, un caso especial en que no se restituye la cosa hurtada, y es cuando esta consiste en pilares, piedras, tejas, ladrillos, madera ú otras cosas que el ladron ha empleado ya en sus obras, pues por no destruir el edificio deben permanecer donde se hallan; pero tendrá que satisfacer al dueño dos tantos de su valor, sin perjuicio de la pena correspondiente al hurto: leyes 16 tít. 2, 38 tít. 28 Part. 3 y 16 tít. 14 Part. 7. Tambien dice la ley 6 tít. 14 citado, que el que acogiere en su casa tahures ó truanes para jugar, si estos le hurtaren alguna cosa, ó le hicieren agravio, daño ú otra injuria que no sea homicidio, no puede demandarlos ni ejercer accion alguna contra ellos, pues que todo lo debe sufrir por la culpa de admitir la compañía de unos bellacos que, usando de la tahureria, por fuerza han de ser ladrones y de mala vida.

(29) Leyes 7 y 9 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec. y la 18 tít. 14 Part. 7.

(30) Ley 7 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec. y Prag. de 19 de marzo de 1771.

calidad de la persona á quien se hurtó, y la del delincuente etc.; y esto es lo que se practica, por ser difícil que en tanta variedad de casos tengan lugar las penas establecidas para el hurto (31). Por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como á ladron famoso (32), con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, y que hayan sido grandes ó de consideracion, lo que debe graduar el juez con atencion á la persona y demas circunstancias (33).

21—En el hurto calificado se debe imponer pena de muerte, aun por el primero en los casos siguientes. 1.º Si fuere ladron conocido que públicamente robase en los caminos: 2.º Si fuere corsario o ladron que roba en el mar con navíos armados: 3.º Si fuere ladron que entrase por fuerza á la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas: 4.º Si hurtase de la iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa sagrada: 5.º Si algun oficial del rey, que tuviese en guarda algun tesoro o hubiese de recoger sus pechos ó sus derechos, hurtare ó encubriere alguna parte de ello: 6.º Si el juez hurtase el dinero del Rey ó de algun Concejo mientras estuviere en el oficio. Todos estos, y los que les dieren ayuda ó consejo para verificar semejantes hurtos, tienen pena de muerte (34). Tambien se debe imponer la misma pena à los ladrones de bestias y ganados, á que llaman *cuatre-*

(31) Real decreto de 18 de abril de 1746.

(32) Arg. de la ley 7 tít. 11 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 14 lib. 12 Nov. Rec. y ley 18 tít. 14 Part. 7 y en ella Gregorio Lopez glosa 5.

(33) Ley 17 al fin. tít. 14 Part. 7. Ant. Gomez *Var.* tom. 3 cap. 5 núm. 6 y sig.

(34) Ley 6 tít. 5 lib. 4 del Fuero Real y 18 tít. 14 Part. 7.

ros, en el caso de que lo acostumbren y no por el primer hurto, por el que se les impone alguna pena mas moderada. Pero si se les asigna la de muerte cuando en primera ocasion hurtan número de bestias suficiente à llamarse grei; v. gr., de diez ovejas arriba, cinco puercos, cuatro yeguas (35) (h).

22—Por el segundo hurto calificado, impone la ley pena de muerte á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros (36). Pero en el dia se mira con suma escrupulosidad la pena de muerte, y por lo regular no se impone á los ladrones, sino en algunos casos de estraordinaria gravedad. Se castigan, pues, los hurtos tanto simples como calificados, con penas de vergüenza, de azotes, de servicios en obras públicas ó destierro á algun castillo por mas ó menos años, segun la gravedad del delito y reincidencias del delincuente (i).

(35) Ley 19 tít. 14 Part. 7-

(h) Las palabras *abigeo* y *abigeato* vienen de la latina *abigere*, esto es, *ante se agere* que quiere decir *arrear*, aguijar las bestias para que caminen, de modo que el *abigeato* es una especie particular de robo que se comete no cogiendo y trasportando de un lugar á otro la cosa que se quiere sustraer, sino desviándola y haciéndola marchar delante de sí, para apropiársela. No puede pues, recaer este delito sino sobre los ganados y bestias, y como la ley solo habla de ellos, no deben estenderse las penas que designa á los robos de palomas, abejas, gallinas y otros animales de esta especie. En el abigeato se procede con todo rigor, y asi aunque la cosa robada sea de poco valor, por ejemplo, un cabrito, ó un cordero, se forma causa por escrito y con toda formalidad y se castiga á los abigeos ó *cuatreros* con la pena correspondiente. *Tapia*, tomo 6 palabra *Abigeo*.

(36) Leyes 6 y 7 tít. 28 Part. 2.

(i) Segun la Real Orden de 31 de agosto de 1772 y

§ IV.

A quienes compete la accion de hurto.

23—La accion de hurto se concede por derecho á todos aquellos á quienes interesa que la cosa no se pierda, y esto aun cuando no sean dueños de ella sino solo poseedores por algun título honesto (37). Por falta de esta circunstancia no se le concede al ladron, ni tampoco al poseedor de mala fé, no obstante que les importa que la cosa no sea hurtada, pues seria cosa inícua que su delito les produjese una accion lucrativa. Compete, pues, la accion de hurto á aquellos á quienes interesa por una causa honesta, siempre que por culpa suya la cosa haya sido hurtada, suponiendo que la tienen á su cuenta y riesgo: v. gr., en prenda, en conduccion ó en comodato. De aquí es, que tiene la accion de hurto no solo el dueño de la cosa, sino tambien el acreedor á quien hurtan la cosa dada en prendas por su deudor (38); pues por dos razones le interesa. La primera, porque debe restituir la prenda, verificado el pago de la deuda, si por culpa suya fué hurtada: la segunda, porque aunque el hurto no se haya verificado por su descuido, le importa que su crédito esté asegurado con prenda. Asímismo el conductor puede intentar la accion de hurto, si por falta

art. 89 trat. 8 tít. 10 de las Ordenanzas del Ejercito, tambien se impone pena de muerte por el hurto de valor de doscientos reales de vellon arriba, que comete el soldado dentro del cuartel, casa de Oficial, dependiente del ejercito, ó la del paisano en que esté alojado; y por el de armas ó municiones de sus camaradas ó de almacen real, parque ó depósito.

(37) Arg. de la ley 9 tít. 14 Part. 7.

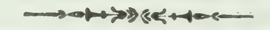
(38) Dicha ley 9.

de la diligencia media á que está obligado le hurtaren la cosa, pues en este caso reconvenido con la accion del contrato de locacion, deberá pagar la estimacion de la cosa. Pero si el hurto sucediere sin culpa suya, solo al señor competerá la accion de hurto, porque en este caso á solo èl interesa (39).

24—En la cosa dada en préstamo ó comodato, tiene opcion el dueño de ella para demandarla á aquel á quien la dió prestada, ó al ladron. Pero si escogiere o le pareciere mejor demandarla á aquel, no puede despues reconvenir al ladron, aun en el caso de que no pueda recobrar la cosa del comodatario, quien si podrá en este caso demandar al ladron. Y si el comodante elije demandar al ladron, no le quedará accion contra el comodatario, aunque no la pueda recobrar del ladron (40).

25—Si la cosa hurtada fuere dada en depósito, no compete al depositario la accion de hurto, porque como no presta mas que el dolo, no interesa á él, si no al señor el que la cosa no perezca; si no es que por alguna otra causa estuviese obligado à la culpa, en cuyo caso por razon de interesarle podria intentar la accion de hurto (41).

(39) Ley 10 tít. 14 Part. 7.
(40) Ley 11 del mismo tít. 14.
(41) Ley 12. allí.



TÍTULO II.

DE LA RAPIÑA.

SUMARIO.

1. ¿ Qué se entiende por rapiña.
2. Pena de este delito.
4. Qué accion compete á los robados.
5. Cómo deben ser restituidos.

El segundo delito de los que llaman privados es la *rapiña*. Esta es: *un despojo violento de la cosa agena mueble con intencion de lucrar* ó de aprovecharse de ella, lo que necesariamente ha de ser hecho con dolo (1). Decimos que la rapiña es *un despojo violento*, en lo cual se distingue del hurto, que se hace clandestinamente (j). Decimos que debe

(1) Prolog. y ley 1 tít. 13 Part. 7.

(j) *Hurto*, dice la ley 2 tít. 18 Part. 1, *es lo que toman á excuso, é robo es lo que toman publicamente por fuerza*. En la glosa se establece la misma diferencia diciendo: *Furtum enim fit clam, rapina palam et violenter;* y aunque en el modo comun de hablar suelen confundirse estas palabras, se diferencian notablemente: 1° en el *modo*, porque el hurto se hace encubiertamente y el robo publica y violentamente; 2° en la *pena* porque la de hurto es el cuádruplo ó duplo segun sea manifiesto ó no manifiesto, y la de la rapiña es siempre el triplo; bien que estas penas se han sustituido en la práctica por el resarcimiento de daños y perjuicios en todos los casos: leyes 2 cit., 3 tít. 13 y 18 tít. 14 Part. 7. Ademas, la accion penal es perpétua en el hurto y añal en la rapiña; es decir, la pena del triplo, ó sea de tres tantos del valor de la cosa *robada*, solo puede pedirse dentro del término de un año y no despues, contado desde el dia de la ejecucion del delito, sin incluir los feriados, ni los de lejítimo impedimento para la demanda, al paso que la del duplo ó cuádruplo, ó

verificarse *en cosa mueble*, en lo que conviene con el hurto; pero se distingue del delito que comete el que espele á otro de la posesion de una cosa raiz. Conviene tambien con el hurto, en que debe ser *de cosa agena*, pues la rapiña rigorosamente no tiene lugar en la cosa propia; aunque no quedará sin castigo el que violentamente arrebata del poder de otro una cosa suya, porque él mismo se quiere hacer justicia, y no la solicita del juez á quien corresponde administrarla. Por esta razon, y para que no se perturbe la tranquilidad pública, ya que no se puede imponer la pena de hurto ni de robo al que comete semejante violencia, está dispuesto: que si el que arrebató la cosa era su dueño, pierde el dominio de ella. Si engañado juzgó que era suya, á mas de restituirla debe pagar otro tanto de su valor en pena. Asimismo el acreedor que violentamente ocupa alguna ó algunas cosas de su deudor en prendas de su crédito, tiene la pena de perderlo (2).

2—Finalmente, se añade en la definicion: que la rapiña se comete *con intencion dolosa* de hacer logro con la cosa agena, para que se escluya el hecho de algun furioso ó falto de juicio, que debe carecer de pena, aunque violentamente arrebate alguna cosa.

3—La pena establecida contra los que roban, si se intenta la accion civilmente, es el triplo ó tres tanto del valor de la cosa robada (3), la cual solo se

sea de los dos ó cuatro tantos del valor de la cosa *hurtada*, puede pedirse en cualquiera término por el interesado: ley 3 citada.

(2) Leyes 10, 11 y 12 tít 10 Part. 7; 11 tít. 13 Part. 5 y 1 tít. 13 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 34 lib. 11 Nov. Rec.

(3) Leyes 3 tít. 13 Part. 7 y 2 tít. 12 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 34 lib. 12 Nov. Rec.

puede pedir dentro de un año útil (4); pero la misma cosa siempre puede ser repetida por su dueño con los frutos, y en su defecto la estimacion, al robador ó sus herederos, en los mismos términos que la hurtada, y competen las acciones que á los mismos (5).

4—Como el robo no sea en realidad otra cosa que una especie de hurto, y solamente mas grave que el clandestino, pueden tambien los que lo han padecido intentar la accion de hurto manifiesto; aunque, segun se ha advertido ya, estas penas no se practican.

5—Con tanto ódio ve el derecho toda especie de violencia, que se halla establecido por nuestras leyes: que el que fuere despojado de sus bienes, aun cuando sea por su verdadero acreedor, quejándose ante la justicia del lugar, ésta se los restituya luego, haciendo solamente sumaría informacion de que le tomaron sus bienes sin mandato de juez legítimo, renovando las penas establecidas por las leyes de Partida para estos casos, y concediendo que las personas así agraviadas gocen del beneficio de *caso de corte* (6).

(4) Ley 3 tít. 13 Part. 7.

(5) Leyes 2 y 3 tít. 13 Part. 7.

(6) Ley 1 tít 15 Part. 7. Véase la nota (at) pág. 190 del tomo I.

TÍTULO III.

DE LOS DAÑOS HECHOS A OTRO CONTRA DERECHO.

SUMARIO.

1 Definicion de este delito.
2, 3 Quienes son responsables de este delito.
4 A quienes no puede imputársele.

El tercer delito privado es, el *daño hecho á otro contra derecho*, por lo cual se entiende: *toda diminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio causado por un hombre libre sin razon y sin justicia* (1). Solamente esplicando su definicion, entenderemos la naturaleza de esta especie de delito. Decimos en ella, que este daño es, *toda diminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio*: de donde se infiere claramente, que un daño inestimable no se puede repetir con la accion de este delito; v. gr., la muerte ó heridas dadas á un hombre libre. Decimos tambien, que este menoscabo debe ser *causado sin razon y sin justicia*; porque el que obra del todo conforme à derecho, no delinque. De donde se infiere: que para la obligacion de resarcir el daño, importa poco que éste haya provenido de dolo ó intencion directa de dañar, de culpa lata, leve ó levísima; porque aunque á la naturaleza del verdadero delito pertenezca el que sea cometido por dolo; con todo, las leyes, guiadas por la razon, creen que es debido se resarza á otro cualquier daño que se le haya seguido por su negligencia ó descuido capaz de ser evitado (2).

(1) Leyes 6 y sig. tít. 15 Part. 7. Véase la nota (x), pág. 48 tomo III.
(2) Dicha ley 6 y sig. tít y Part. citados.

2—De este principio de equidad nace: que sean responsables al daño que causaren, los que en paraje de concurso de gentes hicieren alguna cosa por la cual se esponen á causar daño: de esto se encuentran muchos ejemplos en nuestro derecho. Segun él, es culpable un barbero que se ponga á afeitar á otro en la càlle ó plaza pública; porque puede tropezar alguno, y ser causa de herir al afeitado (3). Del mismo modo es culpable el que corre á caballo por las calles: el albañil que no avisa en alta voz cuando arroja desde alto piedras o tierra á ellas: el que corta ramas de árbol á la parte del camino público, sin prevenirlo antes (4).

3—Igualmente es culpable el que hace trampas, ó cepos en caminos ó lugares públicos donde caen ó reciben daño los pasageros; y el que guiando bestias bravas, no las guarda de suerte que no hagan mal (5). El médico ó cirujano que, por ignorancia, curase mal á algun hombre ó béstia, ó que despues de comenzada la cura la abandonase, deberá resarcir estos daños; y si causare la muerte a algun hombre libre, debe ser castigado á arbitrio del juez (6) Tambien debe resarcir el daño el que en tiempo de viento encendiere fuego cerca de la paja, madera, mies, ú otra cosa fácil de quemarse; y el hornero que no cuida del fuego del horno, si por tal causa se pierde lo que allí se cuese (7). Son tambien responsables del daño los que en nave, ú otro vaso donde se guardan mercaderías hiciesen algo por

(3) Ley 27 del mismo tít. 15.

(4) Leyes 6 y 25 tít. 15 Part. 7.

(5) Ley 7 del mismo tít. 15. Veánse las leyes del tít. 4 lib. 8 Fuero Juzgo, y las del tít. 5 lib. 2 del Fuero Viejo de Castilla.

(6) Ley 9 allí.—(7) Leyes 10 y 11 allí.

que se menoscaben ó pierdan; y los mesoneros ú otros por el daño que causen á los pasageros, las cosas que tienen colgadas á sus puertas ó ventanas (8).

4—De todos los ejemplos puestos podemos inferir: que con cualquiera culpa que concurra, hay accion para pedir enmienda del daño ocasionado. Mas tambien se infiere que, al que usa de su derecho, no se le puede imputar el daño que sucediere, pues éste no será hecho contra justicia; y así, si yo cavo en mi campo para hacer un pozo y con esto deja de brotar agua en el del vecino, no soy culpable, porque uso de mi derecho. Del mismo modo no es responsable el que causa daño á otro por caso fortuito: v. g., si una nave impelida de los vientos se estrellare contra otra y la quebrare; ó si corriendo á caballo en lugar acostumbrado atropellare á alguno (9); pues el caso fortuito no se presta ni en los contratos ni en los delitos (k). Pero lo dicho se ha de en-

(8) Leyes 13 y 16 tít. 15 Part. 7.

(9) Ley 14 de dicho tít. 15.

(k) En general, todo daño puede causarse por dolo ó malicia, por culpa, ó por caso fortuito. Si uno, por ejemplo, pone fuego á mi casa con designio premeditado, ó por pura malicia, debe ser castigado como incendiario, y condenado ademas, á la satisfaccion de los daños y perjuicios que me hubiere ocasionado. Si lo hubiese puesto sin malicia, pero por su culpa ó imprudencia, aunque no incurrirá en la pena de incendiario, será condenado á la indemnizacion; pues aunque es una desgracia que los hombres esten espuestos á ser negligentes, imprudentes ó indiscretos, es mucho mas justo que el mal de la imprudencia, negligencia ó indiscrecion recaiga sobre el que la ha cometido, que no sobre el que ninguna parte ha tenido en ella. Ultimamente, si el incendio de mi casa procede de caso fortuito,

tender cuando la cosa que se hace es lícita, en el lugar acostumbrado, y del modo debido [*].

sin que medie culpa ni imprudencia de persona alguna, nadie me será responsable, porque el caso fortuito, como se ha dicho, no se presta ni en los delitos ni en los contratos.

[*] En la ley 18 tit. 15 Part. 7 se confirman dos capítulos de una ley que habia en el derecho de los romanos llamada *Aquilia*, y dispone: que si alguno se querella delante del juez del daño que le fué hecho por razon de que le mataron algun siervo, caballo ú otro cuadrúpedo de aquellos que pacen en manada, y que nos son mas útiles, debe pagarle el que le hizo el daño, tanto cuanto mas podria valer aquel animal desde un año antes, hasta el dia en que lo mató. Y que si el daño no fuere por muerte de los cuadrúpedos que refiere, sino por heridas ú otros males que los empeoraron; ó si matasen ó hiriesen otras bèstias, quemasen, derribasen, destruyesen ó hiciesen cualquier otro daño, deberán pagar tanto, cuanto mas podía valer la cosa en que se recibió el daño desde treinta dias ántes hasta aquel en que sucedió. Y no solo debe resarcirse el daño que se causó en la misma cosa, síno tambien los menoscabos que se ocasionaron al dueño. Mas para que haya obligacion á este resarcimiento, es preciso que el daño haya sido hecho con alguna culpa, pues sin ella á nada estaría obligado el que lo causó, segun dijimos arriba. Pero es muy digno de advertirse, que en el dia no está en uso el hacerse las estimaciones de los daños mirando hácia atras, sino que se tasa á arbitrio del juez, y se manda pagar. Ley 1 tít. 4 lib. 4 del Fuero Real.

TÍTULO IV.

DE LAS INJURIAS.

SUMARIO.

El último delito privado es la *injuria*, por cuyo nombre entendemos aquí: *cualquiera dicho ó hecho dirijido á la afrenta ó desprecio de otro* (1). De esta definicion nacen varias divisiones: como segun dijimos, la injuria sea un *dicho ó hecho*, se sigue que toda injuria será ó *verbal*, que se hace por medio de palabras de menosprecio, ó *real* cuando con hechos se daña la fama de otro: v. g., dándole bofetadas ó azotes (2). Algunos añaden otras dos especies, á saber: *escrita*, que se hace por letras, y *pintada*, con pinturas denigrativas, ó dirijidas á la burla ó deshonor de alguno (3); pero no hay inconveniente en reducir la escrita á la verbal, y la que se hace por pinturas, á la real ó de hecho (l). Mas

(1) Ley 1 tit. 9 Part. 7. *Injuria tanto quiere decir en romance, como deshonra que es fecha ó dicha á otro á tuerto ó á despreciamiento del.*
(2) Dicha ley 1.
(3) Ley 3 tit. 9 Part. 7.
(l) Aunque en la ley 1 tít. 9 Part. 7 se sienta que todas las maneras de deshonras descienden de dos raices, esto es, de *palabra* ó de *fecho*, de la misma ley y de la 3ª siguiente se deduce que la injuria es ó *verbal*, ó *real*, ó *literal* ó *escrita*, la cual puede tam-

como una injuria puede ser mayor ó menor que otra, de allí es que unas se llaman *simples*, y otras *atroces* (4). *Simple* se llama aquella en que no se encuentran circunstancias algunas que la agraven. *Atroz*, por el contrario, es la que está agravada por cualquiera circunstancia de aquellas que juzgando prudentemente exasperan demasiado la injuria. Tales son: 1º La atrocidad del hecho; v. gr. azotar á alguno. 2º La publicidad del lugar; v. gr., si uno es injuriado en el templo, ó en una plaza pública. 3º La dignidad de la persona; v. gr., si es un obispo, ó un magistrado el injuriado. 4º El tiempo; v. gr., si injurian à alguno al tiempo de celebrar su matrimonio (5) (m).

bien ser *manuscrita* ó *impresa*; cuya division trimembre nos parece mas exacta y cómoda, atendido el estado actual de nuestra lejislacion. Se advierte que, aunque queda esento de pena el que atribuye de palabra algun delito á otro, si lograre probarlo siempre que interese el bien público en ello, no sucede así al que lo imputa por escrito, pues éste no es admitido á justificar la certeza de lo que dice, respecto á que la infamia ó deshonra que causan los libelos es de un carácter mas grave y permanente, miéntras que la de las injurias verbales se olvida con mas facilidad: ley 1 tit. 9 Part. 7, y glosa 7 de Gregorio Lopez.

(4) Leyes 20 allí, y 85 y 143 del Estilo.

(5) Dicha ley 20 tit. 9 Part. 7. Véase la ley 12 tít. 5 lib. 4 Fuero Real.

(m) Tambien son graves ó atroces las injurias por razon de la parte del cuerpo en que se haga el daño, como si se hace en los ojos ó en la cara: por razon del modo, como si se hacen por escrito ó libelo famoso, *quia verba volant et scripta manent*: por la trascendencia de la imputacion injuriosa, como si se atribuye á alguno, ó se le echa en cara á presencia de otro,

2—De la misma definicion se colige, que debe haber en el injuriante ánimo ó intencion de menospreciar, por lo cual, sin dolo no habrá injuria; y así, no será reo de este delito, ni el infante ni el furioso y demente, aun cuando digan ó hagan algunas cosas capaces de deshonrar. (6). Tampoco se deberan tomar por injuria las palabras que se dijeren por chanza; aunque en esto se debe tener consideracion á la dignidad de la persona con quien se chancea, pues sería una escusa frívola la de un particular ó plebeyo, que habiendo dicho á un príncipe ó magistrado palabras indecentes, dijese que habia sido por chanza, sabiendo todos que con semejantes personas no se ha de chancear de manera que se les pierda el respeto. Finalmente: no es reo de injuria el que dijo, ó hizo alguna cosa por enmendar ó corregir á otro sobre quien tenia autoridad: v. g., un ministro de la iglesia, un juez, un maestro. Pero como esto se funda en presuncion, admite pruebas en contrario; y así, si se puede probar que un ministro de la iglesia, no por correccion, sino con ánimo de injuriar y para desahogar su ira, reprendió gravemente á otro, se podría intentar contra él accion de injuria.

3—Finalmente: se dice en la definicion que el hecho ó dicho debe ser dirigido á despreciar al otro, lo que puede acontecer de dos modos: ó *directamente*, de suerte que nuestra misma persona sea injuriada; ó *indirectamente*, de modo que nos venga el despre-

cualquier delito ó vicio que pueda atraerle responsabilidad criminal, ó el ódio ó desprecio de las gentes del pueblo: leyes 20 tít. 9 Part. 7, y 1 tit. 25 lib. 12 Nov. Recop.

(6) Ley 3 tít. 9 Part. 7.

cio por medio de alguno de los de nuestra familia: v. g., un padre tiene accion por la injuria que se haga á un hijo suyo: un marido por la injuria hecha á su muger; y un señor por la hecha á su siervo, siempre que se conozca la intencion de injuriarlo á él (7).

4—Hemos visto qué sea la injuria, y de cuántas maneras se haga: síguese ahora ver las acciones que nacen de este delito. Atendido nuestro derecho, el injuriado solo tiene una accion para pedir una de dos penas; ó multa pecuniaria, ú otra especie de castigo correspondiente á la gravedad de la injuria; pero no puede pedir uno y otro (8). La pena que se debe imponer á cada injuria no està señalada en las leyes, ni es posible que se señale para todas; por lo cual se deja al arbitrio del juez atendidas las circunstancias de la gravedad de la injuria, y persona injuriada (9). Mas hay algunas injurias que por su particularidad tienen penas señaladas por las leyes. La 1ª es tomar ó apoderarse de los bienes de alguno, como si fuese deudor sin mandato del juez, estando enfermo de enfermedad de que despues muere. En este caso intentada la accion de injurias por sus herederos, tiene el injuriante la pena de ser infame, perder lo que se le debia, y ademas pagar otro tanto de lo que importaba la deuda, y tambien pierde la tercera parte de sus bienes, que será para la cámara del Rey; y si el enfermo nada debia, se confiscará al injuriante la tercera parte de sus bienes á favor de los parientes del difunto por la injuria hecha á él; y á ellos se les pagará lo que estimare el juez (10).

(7) Ley 21 tít. 9 Part. 7.—(8) Dicha ley 21.
(9) Ley 21 tít. 9 Part. 7.—(10) Ley 11 tít. 9 Par. 7.

5—La 2ª es llamar á alguno con los nombres injuriosos de *gafo*, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ó á alguna muger casada *puta*, ú otros semejantes. La pena impuesta al que dijere estas injurias es haber de desdecirse ante el juez y testigos, al plazo que se le señale (n), y ademas pagar la multa de mil quinientos maravedis, la mitad para el fisco, y la otra mitad para el injuriado. En el caso de ser hidalgo el injuriante, no debe ser condenado a desdecirse; pero ha de pagar quinientos maravedis mas, con la misma aplicacion, y otras penas á arbitrio del juez (11). Al que llamare á otro *tornadizo* ó *marrano*

(n) Esto es lo que se llama *cantar la palinodia* y debe verificarse en los términos prevenidos en la ley 2 tit. 3 lib. 4 del Fuero Real, diciendo el injuriador que *mintió* en cuanto dijo contra el injuriado. La palinodia no se impone sino en las injurias graves; y en las simples ó livianas, que por otra parte estan claras y espresivas, se decreta solo la *deprecacion* ó súplica de perdon, por la cual manifiesta el injuriante que se arrepiente de sus denuestos y ruega al ofendido le perdone; mas en las injurias de sentido ambiguo se prescribe la *declaracion de honor* obligando al reo á decir que tiene y ha tenido siempre al ofendido por persona honrada y de buen proceder, y que no fué su intencion causarle agravio. Algunos tribunales, para evitar los incidentes que suelen ocurrir entre el ofensor é injuriado por las espresiones poco satisfactorias con que aquel se produce á veces en su palinodia ó retractacion, acostumbran omitir esta diligencia, limitándose á hacer en la sentencia la competente declaracion honorífica en favor del injuriado, y á condenar al injuriante en las penas é indemnizaciones que estimen mas proporcionadas y convenientes. ESCRICHE, palabra *Injuria*.

(11) Ley 2 tít. 10 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 25 lib. 12 Nov. Rec. Véase la ley 11 tit. 10 lib. 5 Rec. de Ind.

con ánimo de despreciarlo por haberse convertido de otra ley á la cristiana, se le impone la multa de diez mil maravedis para la cámara del Rey, y otros tantos al injuriado; y si no pudiere pagarlo todo de pronto, sea puesto en un cepo el tiempo de un año, y si ántes pudiere pagar, salga de la prision (12). El piadoso fin de esta ley es manifiesto. Por otras palabras injuriosas menores que las referidas, se impone la pena de dos mil maravedis para la cámara ó mas, á arbitrio del juez.

6—La 3ª es escribir famosos libelos llamados *pasquines* (o), en los cuales se imputan delitos graves, ó se descubren los verdaderos con la mira de deshonrar en el público á otros. La pena impuesta á estos delincuentes, segun derecho, debe ser la misma que corresponde al delito que se imputa al ofendido, si le fuese probado. Tiene lugar contra los que componen el libelo infamatorio ó le escriben, y contra los que hallàndolo primeramente no lo rompen, sino que lo muestran á otros (13).

7—La 4.ª es la que se hace contra los muertos, desenterrando los cuerpos y arrojando ó arrastrando los huesos por desprecio: el que hiciere esta especie de injuria tiene la pena de diez libras de oro para la cámara, y si no las pudiere pagar, debe ser desterrado para siempre (14).

(12) Las mismas leyes de la Rec. de Cast.

(o) Nombre tomado de la estátua de *Pasquino* en Roma, en la que se acostumbraba fijar esta especie de escritos. Véase la ley 5 tít. 11 lib. 12 de la Novís. Rec. que trata de esta clase de delitos, y hace prevenciones sobre la manera de proceder y castigos que deben imponerse á los delincuentes y cómplices.

(13) Ley 3 tít. 9 Part. 7.

(14) Ley 12 allí.

8—El tiempo determinado por derecho para intentar las acciones de las injurias, sea civil, sea criminalmente, es un año útil, pasado el cual espira este derecho, porque se presume que el ofendido perdonó la injuria (15). Se acaba tambien la accion por condonacion ó remision de la injuria, la que puede hacerse espresa ó tacitamente, como si despues de haberla recibido comiese o bebiese, o jugase amigablemente con quien le injurió, en su casa ó en la de otro (16). El último modo de estinguirse la accion es la muerte, tanto del injuriante como del injuriado, porque no pasa á los herederos, ni se dá contra ellos, como concedida para la venganza (17), si no es en dos casos. El 1º cuando acaece la muerte despues de contestado el pleito, en cuyo caso continuará con los herederos; y el 2º en la injuria hecha al enfermo en los términos que dijimos, ó á los muertos (18) (p).

(15) Ley 22 tít. 9 Part. 7.
(16) Dicha ley 22.—(17) Ley 23 del mismo tít. 9.
(18) Leyes 11, 12 y 23 tít. 9 Part. 7.
(p) Como un documento digno de verse aqui, nos será permitido reproducir, por conclusion de este título, lo que los Emperadores Teodosio, Arcadio y Honorio escribieron á Rufino, prefecto del Pretorio. «Si alguno (le dijeron) hablare mal de nuestra persona ó de nuestro gobierno, no queremos castigarle: si habló con ligereza, se le debe despreciar: si por locura, es digno de compasion; y si profiere injuria es menester perdonarle. Así, pues, dejando las cosas en su ser y estado, las pondreis en nuestra noticia para que juzguemos de las palabras, y pensemos bien si se les ha de formar causa ó despreciar. *Si id ex levitate processerit, contemnendum est: si ex insania, miseratione dignissimum; si ab injuria, remittendum.* Ley única, Cod. *Si quis imperat maled.*»

TÍTULO V.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CUASI DELITO.

SUMARIO.

Habiendo tratado ya de los delitos privados de hurto, rapiña, etc., síguense los *cuasi delitos*, los que, segun dijimos arriba, son: *unos hechos ilícitos cometidos por sola culpa y sin dolo alguno* (1). De éstos se tratarán seis en este título: 1º el cuasi delito del juez que por ignorancia juzga mal: 2º el del que de su casa arrojó ó derramó alguna cosa capaz de dañar á los que pasan: 3º el del que tiene alguna cosa colgada sobre las calles, con peligro de que caiga: 4º el de los maestres de navío, mesoneros, etc., cuando los caminantes ó pasageros reciben daño: 5º el de la misericordia intempestiva; y 6º el de la condescendencia ó connivencia.

2—El primer cuasi delito es el del juez que sentencia mal. Mas en éste se deben distinguir tres casos: 1º cuando el juez, por dolo o intencion directa de dañar, juzga mal: v. g., por amor, odio, ó corrompido por dinero: 2º cuando por necedad ó ignorancia, como si hacen magistrado á un labrador que quiera medir á brazadas el derecho que nunca

(1) Arg. de la ley 23 tít. 15 Part. 7.

aprendió; y el 3º cuando algun juez de aquellos que no son letrados dió sentencia con parecer de asesor. En el primer caso, es el juez reo de un verdadero delito; y si la causa fuere civil, tiene la pena, no solo de pagar otro tanto cuanto hizo perder á aquel contra quien dió la sentencia, con las costas, daños y perjuicios, sino tambien de ser removido del oficio y quedar infame. Mas si fuere criminal, debe él recibir en sí la pena que impuso al otro injustamente, aunque sea la de muerte; y aun cuando se le perdone la vida, debe ser desterrado perpetuamente, quedando infame y confiscados todos sus bienes (2). Mas en el caso de que se haya dejado corromper por dinero, á mas de las penas establecidas contra el que juzga mal por amor ó por ódio, debe pagar á la cámara del Rey el tres tanto mas de lo que recibió; y si no lo habia aun recibido, el dos tanto; y la sentencia que así fuere vendida, es nula aun cuando no se apele de ella (3). En el tercer caso, atendido el derecho que gobierna en España, determinando el juez con acuerdo de asesor, sea de los que nombre el Rey, sea nombrado por él mismo, no es responsable sino solo el asesor, no probándose que en el nombramiento y acuerdo haya habido colusion ó fraude (4). Mas en la América, por otra disposicion posterior, aunque son tambien responsables los asesores á las resultas en todas aquellas causas ó pleitos de derecho que determinan los jueces con-

(2) Leyes 24 y 25 tít. 22 Part. 3; y véase tambien la ley 7 tít. 7 lib. 3 Rec. de Cast. Ley 6 tít. 12 lib. 7 Nov. Rec.

(3) Dicha ley 24 tít. 22 Part. 3.

(4) Son palabras de la Real cédula de 22 de setiembre de 1793. Ley 9 tít. 16 lib. 11 Nov. Rec.

forme á sus dictámenes; en asuntos gubernativos es igual la responsabilidad de jueces no letrados y sus asesores (5).

3—Resta, pues, solamente el tercer caso, en el cual un juez de los que deben ser letrados sentenció mal por ignorancia. Entónces, es reo de un cuasi delito, porque aunque segun suponemos, no procedio con intencion de dañar, pero obró mal, ejerciendo el oficio de juez, sin la correspondiente instruccion en el derecho, ó sin consultar á los jurisperitos en los casos árduos, en lo cual consiste su culpa (6). La pena que se le impone es, que pague á la parte dañada todo el importe de la pérdida ó menoscabo que sufrió por razon de la sentencia injusta que dió contra ella (7) (q).

(5) Real cédula de 2 de julio de 1800.
(6) Ley 24 tít. 22 Part. 3.
(7) La misma ley, en el medio.
(q) Segun la ley de Córtes de 24 de marzo de 1813, que trata de la responsabilidad de todos los empleados públicos, son prevaricadores los jueces que *á sabiendas* juzgan contra derecho por afecto ó por desafecto hácia alguno de los litigantes ú otras personas: por este delito deben ser privados de su empleo é inhabilitados perpetuamente para obtener oficio ni cargo alguno, debiendo pagar á la parte agraviada todas las costas y perjuicios, y si cometieren la prevaricacion en alguna causa criminal, sufrirán ademas la misma pena que injustamente hicieron sufrir al procesado: ademas de estas penas, sufrirán tambien la de ser declarados infames y pagar lo recibido con el tres tanto para los establecimientos de instruccion pública, si juzgaren *á sabiendas* contra derecho por soborno ó por cohecho; y el majistrado ó juez que por *falta de instruccion ó por descuido* falle contra ley espresa, y el que por contravenir á las leyes que arreglan el pro-

4—El segundo cuasi delito consiste, en que de la casa de nuestra morada se haya arrojado ó derramado algo capaz de dañar, como piedras, tejas ó inmundicias hácia la calle pública por donde los moradores de la ciudad acostumbran pasar. Con este hecho, si alguno ha sido dañado, queda obligado el inquilino, ó poseedor de la casa, aunque él no fuese el que arrojó ó derramó aquellas cosas, no por culpa imputada, sino porque verdaderamente él no carece de culpa en tener dentro de su familia unos criados tan descuidados. Si fueren muchos los que arriendan la casa, si se puede saber quien echó ó derramó, él solo estará obligado al daño; pero si no, todos lo deberán pagar (r). Mas en esto se deben distinguir varios casos. El 1º cuando por lo derramado ó arrojado se ha causado un daño estimable: v. g., si un animal ha sido muerto, ó el vestido de alguno ha sido manchado: entónces se dá accion al interesado contra el inquilino, pero no contra sus herederos, por ser penal, para que le paguen doblado el daño que recibió (8). El 2º es, cuando el daño es inestimable: v. g., si ha sido muerto un hombre libre: en cuyo caso se deben pagar por el causante cincuenta maravedís de oro, por mitad, a los herederos del difunto y á la cámara del Rey (9).

ceso dé lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año, y si reincidiere, sufrirá igual pago y será privádo de empleo, é inhabilitado para volver á ejercer la judicatura. Cap. 1 n. 1, 2, 3, 4 y 7.

(r) Escluyéndose no obstante los huéspedes, á ménos que ellos hayan sido los autores del daño, el cual deberá pagarse doblado: ley 25 tít. 15 Part. 7.

(8) Ley 25 tít. 15 Part. 7.—(9) Dicha ley 25.

El 3er caso es, si un hombre libre no ha sido muerto, sino herido ó dañado de otro modo en su cuerpo. Mas como entonces ni la herida ni el dolor admiten estimacion, sería justo se pagasen las pérdidas que hubiese tenido con motivo de cesar en sus trabajos, y los gastos hechos en la curacion.

5—El tercer cuasi delito se comete cuando uno tiene alguna cosa colgada sobre la calle por donde comunmente transitan, la cual puede fácilmente caer y causar daño. Para el que esto hiciere, si lo acusaren y se hallare que la cosa que estaba colgada en verdad, podria caer y hacer daño, aunque todavía no se haya verificado, se le impondrá la pena de diez maravedis de oro, la mitad para el acusador, y la otra mitad para la cámara del Rey, con obligacion á mas de esto, de quitar la cosa ó ponerla de modo que no pueda caer (10). La razon de esta pena es, porque interesa á la república el que todos puedan caminar sin peligro por las calles, y demas caminos públicos. Mas si la cosa que estaba suspensa ó colgada, cayese é hiciese daño, lo debe pagar doblado; y si este fuese muerte de algun hombre deberá dar 50 maravedis para sus herederos y cámara del Rey por mitad (11).

6—Si el reo de este cuasi delito ó del antecedente fuere hijo de familias que vive en casa separada de la de su padre, se intentará la accion contra el mismo hijo de familia; y siendo condenado será reconvenido el padre por el valor de lo juzgado y sentenciado hasta donde alcance el peculio del hijo, si lo tiene.

7—En el cuarto cuasi delito, que es el de los marineros, taberneros y caballericeros, se deben dis-

(10) Ley 26 tít. 15 Part. 7.—(11) Dicha ley, al fin.

tinguir tres casos, para que no se confundan cosas muy diversas. El primero, cuando los mismos marineros, venteros etc. hurtaron ó hicieron algun daño en las cosas de los caminantes; y entónces son reconvenidos por un verdadero delito: v. g., con la accion de hurto, ó la que corresponda. El segundo, cuando el daño no ha provenido de los mismos mesoneros etc., sino de los estraños: v. g., de los compañeros ó viajantes que van en el mismo navío, ó posan en el mismo meson; y entónces la accion que hay contra los maestres de navío ó mesoneros, es de cuasi contrato. La razon es, porque cuando recibieron las cosas agenas en su nave, ó en su meson ó venta, se presume que tácitamente prometieron la custodia de ellas; y por tanto tiene accion el agraviado para que le restituyan todo lo que intrudujo, y le resarzan los daños y perjuicios. Finalmente: el tercer caso es, cuando el daño ha provenido de los individuos de la familia del maestre, ventero ó caballericero; y entónces la accion que se dá contra él es de cuasi delito: su culpa consiste en que se aconpaña o se sirve de hombres malos, por lo cual es justo que sea responsable á los daños que provinieren de su mala conducta (12). De lo dicho se vé claramente, que solo este caso pertenece á este título, por ser una de las especies de cuasi delito. En virtud de él, se dá accion al que sufrió el daño contra el maestre del navío, ventero ó tabernero que recibió las cosas, para que restituya el doble de lo perdido ó deteriorado (13); mas no contra sus herederos, por ser penal en todo lo que escede de la estimacion de la cosa. De donde se infiere la diferencia que hay entre esta accion, y la o-

(12) Ley 7 tít. 14 P. 7.—(13) Dicha ley, en el medio

tra que nace de cuasi contrato. Ésta, como que es de cuasi delito, es penal, como dijimos; la otra por ser de cuasi contrato, es persecutoria de la cosa solamente: aquella no se dà contra los herederos, y esta sí: con aquella se pide el doble, y con ésta solamente la verdadera estimacion de la cosa; una y otra es perpetua, lo cual es particular en la accion de este cuasi delito, por durar casi todas las acciones penales solo un año. Con todo, es mejor y mas seguro intentar la accion de cuasi contrato, que no la de cuasi delito: ya porque en el dia no están en uso las acciones en que se piden los dos ó tres tantos mas, ya porque en ella es mas fácil la prueba, cuando se intenta la de cuasi contrato; pues en ésta se prueba solamente, que mis cosas fueron recibidas en la nave, meson ó taberna; y en la otra debo probar, que alguno de los de la familia del maestre ó ventero las hurtó ó causó el daño (s).

8—La misericordia intempestiva, y la condescendencia ó connivencia, son los otros dos cuasi delitos de que hicimos mencion arriba. La misericordia en sí, es un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal degeneran en vicio, así sucede en ésta que por ser intempestiva y no conforme á las reglas de la recta razon, es un cuasi delito. De esto se pueden figurar muchos casos: v. gr., si uno, viendo á un siervo ageno preso, movido de lástima lo pone en libertad, y éste huye: si un carcelero por el mismo motivo deja escaparse á un reo de la cárcel: si un juez consiente que huya un malhechor á quien debia condenar, y otros semejantes. La razon porque todos estos son cuasi delitos, es porque en estos

(s) Véase la ley 26 tít. 8 Part. 5 y nota (nn) pág. 64 del tomo III.

casos no debe tener lugar la misericordia, sino solamente la severidad y administracion de justicia. La connivencia es una tolerancia por la cual permite uno, que se haga un delito que podia y debia impedir: v. g., si uno que está al cuidado y gobierno de otro, admite un desafío, y el pedagogo lo sabe, pero lo disimula, no hay duda que esta condescendencia es digna de castigo; y así, en ámbos casos se dará la accion correspondiente. Se han traido por ejemplo estos dos cuasi delitos, para que no se crea que no hay mas que los cuatro de que se hace mencion en las instituciones de Justiniano (t).

(t) El propietario de un animal, ó el que se sirve de él, es responsable del daño causado por el animal, sea que estuviese bajo su custodia, sea que se hubiese escapado: leyes 22, 23 y 24 tít. 15 Part. 7. El dueño de un edificio lo es del daño causado por su ruina, en caso de que ésta hubiese sucedido por vicio de construccion, ó por falta de reparacion: ley 10 tít. 32 Part. 3.—En una palabra, todo hombre debe responder no solo del daño causado por hecho propio, ó por su negligencia ó impericia, sino tambien del causado por hecho de las personas que tiene á su cargo y de las cosas que estan en su poder, siempre que de su parte hubiese alguna culpa. Escriche, palabra *Cuasi delito*.

TÍTULO VI.

DE LAS ACCIONES.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Qué es **accion** y cual su orígen é inteligencia.
3 Division de las acciones.
4 Primer division de las acciones en **reales, personales y mistas.**
5 En qué consiste la naturaleza de las acciones **reales.**
6 De las acciones **reivindicatoria, publiciana** y **resisoria.**
7, 8 Continuacion de la misma materia.
9 Segunda especie de las acciones reales que nacen del derecho hereditario.
10 Tercera especie, que comprende las acciones **confesoria y negatoria.**
11 Cuarta especie de las acciones reales que nacen del derecho de prenda y son llamadas **serviana,** y **cuasi serviana** ó **hipotecaria.**
12 Cual es la accion **cuasi serviana ó hipotecaria.**
13 De las acciones **prejudiciales.**
14 Cuales son las acciones **personales,** y cual su orígen.
15 En qué consiste la naturaleza de las acciones personales.
16, 17 Cual es la accion **ad exhibendum,** llamada tambien **exhibitoria ó preparatoria,** y en qué casos tiene lugar.
18 De la accion **interrogatoria** y á quiénes compete.
19 Tambien son acciones personales las de los **interdictos** y restituciones **in integrum.**
20 De la accion llamada **condiccion sin causa.**
21 De la accion ó **condiccion por ley.**
22 De las acciones que nacen de un **hecho lícito.**
23, 24 De las que nacen de los **contratos verdaderos.**
25 De las que provienen de los **contratos nominados.**
26 De las que nacen de los **cuasi contratos,** y de la llamada **funeraria.**
27 De las que nacen de un hecho **ilícito,** y de la **condiccion por causa torpe.**
28 Continuacion de la misma materia
29 De la accion llamada **distrahendis rationibus.**
30 De las que nacen de los **cuasi delitos.**
31 De las acciones llamadas **mistas.**
32, 33, 34 De las que se conocen con los nombres de **finium regundorum, communi dividundo y famliæ erciscundæ.**
35 De la accion de **peticion de herencia.**
36 De la de **inoficioso testamento.**
37 38 De la accion **pauliana.**
39 Otra division de las acciones en **persecutorias de la cosa, penales y mistas.**
40 De las acciones que se dan para pedir el duplo, tres tanto, &c.
41 42 De las acciones llamadas **de buena fé, de rigoroso derecho y arbitrarias.**
43, 44 De la **plus peticion** y de cuantos modos puede verificarse.
45 De las acciones por las cuales se pide el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se pide ménos.

Hemos concluido ya la esplicacion de las dos primeras partes de las instituciones. Éstas, segun se ha dicho en otro lugar, se dividen por los tres objetos del derecho: *personas, cosas y acciones.* De las personas se ha tratado en todo el libro I; de los derechos de las cosas en los libros II y III, y hasta este título del IV. Resta tratar del tercer objeto, conviene á saber: las *acciones.*

2—La *accion* se puede considerar de dos maneras: ó como una cosa incorporal que está en nuestro patrimonio, y entonces pertenece al segundo objeto del derecho; ó se toma como un medio legítimo de perseguir en juicio el derecho que nos compete, y entonces corresponde al tercero, de que vamos á tratar. En este sentido, pues, se define la accion: *un medio legítimo para perseguir en juicio los derechos que competen á cada uno, tanto en la cosa, como á la cosa.* Tiénese por cierto que toman su orígen del derecho de gentes, pues formadas ya las sociedades civiles, y establecidas las supremas potestades, no fué mas lícito á los privados exigir por fuerza que se atiendan sus derechos como lo era en el estado natural, sino que deben ocurrir á los magistrados, para que en virtud de la autoridad que les compete por su oficio, compelan al que resulte reo á estar á derecho con el que se queja; y á esto llamamos *accion.*

3—De éstas hay várias divisiones ó diversas clases, atendida la diversidad de los derechos que se desean ver cumplidos, y lo que se consigue cuando se intentan del modo que ha establecido el derecho. Hay, pues, una clase de acciones que se llaman

reales, otra de *personales*. Unas acciones hay que son *persecutorias de la cosa sola*, y otras *de solo la pena* que está impuesta para aquel caso; y otras con las que se consigue la cosa y la pena, que tambien se llaman *mistas*. Hay unas que se dan para conseguir el un tanto, otras el dos, otras el tres y aun el cuatro. Hay otras acciones que se llaman de buena fé, otras de rigoroso derecho, y otras arbitrarias. Finalmente: con unas acciones se consigue el todo de lo que se debe, y con otras ménos, en ciertos casos. De cada clase de las referidas trataremos separadamente.

§. I.

De las acciones reales, personales y mistas.

4—La primera division de las acciones, es en *reales* y *personales*: aquellas nacen del derecho en la cosa, y éstas del derecho á la cosa. Mas por esto no se niega que hay algunas que son *mistas*; pues aunque éstas siempre se acercan mas, ó á las reales ó á las personales, esto no impide que se puedan llamar *mistas* (u). Como las acciones reales traen su orígen del derecho *en la cosa*, siendo éste de cuatro maneras, resultan otras tantas fuentes de acciones reales. Nacen, pues, unas del dominio: otras del derecho hereditario: otras de las servidumbres; y otras del derecho de prenda.

5—La naturaleza de las acciones reales consiste en dos cosas. La 1ª es, que todas nacen de alguna especie de derecho *en la cosa*, es decir, que solo hay accion real cuando no es la persona, sino la cosa misma la que nos está obligada. Esto se verifica

(u) Véase la ley 5 tít. 8 lib. 11 Nov. Rec., en la que se halla adoptada y se dá por supuesta esta division.

solamente en el *dominio, herencia, servidumbre* y *prenda.* La 2ª que todas estas acciones se dan contra cualquier poseedor, aunque éste no haya tratado con nosotros. Al contrario sucede en las acciones personales, las cuales solo se dan contra aquel con quien tratamos, y no contra un tercero poseedor [*]. Diremos pues, que *accion real* es: *aquella con la cual pedimos una cosa en que tenemos derecho, aun á aquel que por ningun contrato nos está obligado* (1).

6—La primera especie de acciones reales comprende las que nacen del *dominio.* Estas son tres, llamadas *reivindicatoria, publiciana y rescisoria.* La *reivindicatoria* es: *una accion real por la cual el que es dueño de una cosa la repite de cualquier poseedor, con sus accesiones y frutos, segun la calidad de la posesion* (2) [*]. Si el reo, pues, pose-

[*] El poseedor no puede tener accion real, porque seria estupidez pedir al juez lo mismo que ya se tiene: luego cuando éste intente alguna accion, será personal, solicitando se le ampare en su posesion, y se mande á otro que no le moleste en ella. No obstante, se encuentra un caso que sirve de escepcion á esta regla. Tal es la accion *negatoria*, que es real, y la intenta el que está en cuasi posesion de la libertad de su fundo. Tambien es regla general, que el dueño de una cosa no la puede pedir con accion personal, sino con real, que se llama *vindicacion*. Mas tambien tiene su escepcion en la cosa hurtada, pues para recobrarla se concede al dueño accion real y personal, consultando á facilitar el cobro, en ódio de los ladrones.

(1) Arg. de las leyes 2 tit. 3 y 1 tit. 28 Part. 3.

(2) Ley 40 tít. 28 Part. 3.

[*] Es consiguiente á las disposiciones de derecho, que solo el título para adquirir, sin preceder entrega de la cosa, no produce el derecho de vindicar, sino u-

vere de buena fé, restituirá de los frutos industriales los existentes solamente, y todos los naturales, aun los consumidos (3); pero si con mala fé, ningunos frutos hace suyos, y solo podrá retener las espensas útiles (4).

7—Cuando esta accion se intenta en virtud de un dominio pleno, se llama *útil*. Mas aunque esta accion sea en sí muy natural, es bastante dificil de intentarse, por razon de que en ella debe el actor probar el dominio que tiene en la cosa, la cual prueba no es tan fácil como à primera vista parece. Si no ha cumplido el tiempo necesario para la prescripcion debe probar que no solo él adquirió con buena fé y justo título, sino tambien que aquel de quien hubo la cosa era verdadero dueño: de otra suerte el dominio que él no tenia, tampoco pudo transferir á nosotros (v). Para evadir esta dificultad, y que los que

na accíon personal: que el comprador, ántes de verificarse la tradicion, no pueda usar de tal accion; y que concurriendo dos, no vindique el primer comprador no siendo entregado en la cosa vendida, ni tampoco aquel con cuyo dinero se compra la alhaja, á escepcion de si es pupilo, menor ó soldado, y de la muger á quien el marido, con dinero de ella, que no proceda de los bienes dotales, compre algo, pues á todos éstos se concede accion útil vindicatoria.

(3) Ley 39 tit. 28 Part. 3.—(4) Leyes 39 y 42, allí.

(v) La *reivindicacion* corresponde no solo por el dominio *directo*, sino tambien por el *útil*; y cuando el actor la entable por éste, no ha de pedir la *propiedad*, sino el *dominio*, pues aunque al parecer estas dos palabras significan una misma cosa, la segunda es mas estensa y general, como que abraza ambos dominios *directo* y *útil*, y la primera solo el *directo:* ley 27 tít. 2 Part. 3, y glosa 5 de Gregorio Lopez. Véase la nota (h) pág. 20 tomo II.

hubieron las cosas con buena fé y justo título, de los que no eran sus legítimos dueños pudiesen vindicarlas, se inventó la accion llamada *publiciana*. Por ella, el que con buena fé y justo título adquiere las cosas, aunque no las haya prescrito, las vindica de cualquier poseedor, no en virtud de la ficcion de estar prescrita que inventaron los romanos, sino por que es conforme al derecho natural, que el que poseia con mejor título sea preferido al que lo tiene inferior, y reputado respecto de él como dueño (5). De donde se infiere, que esta accion no tiene lugar contra el verdadero señor que posee con un título mas fuerte, cual es el verdadero dominio, sino solo contra aquel que, ó posée sin título, ó con uno mas débil que el putativo dueño: que con ella el que adquirió mediante tradicion alguna cosa del que no era su legítimo dueño, con buena fé y justo título, perdiendo la posesion de ella puede vindicarla de cualquier poseedor, que se apoye en título menos firme, con todos sus frutos y accesiones y del modo que con la verdadera reivindicacion (6).

8—Del mismo modo que la accion publiciana, se funda tambien en la equidad la llamada *rescisoria*, por la cual rescindiendo la prescripcion, se pide al poseedor la cosa que prescribió, como si nunca hubiera sido prescrita. No produce entre nosotros este efecto la ficcion inventada por los romanos, sino el beneficio de la restitucion que se concede por el juez con justas causas: tales son, la menor edad, miedo grave, ausencia por causa de la república ó de estudios, y otras semejantes (7). Es, pues, la accion rescisoria: *un beneficio de restitucion in in-*

(5) Leyes 13 tit. 11 Part. 3, y 50 del tit. 5 Part. 5.
(6) Dichas leyes.—(7) Ley 28 tit. 29 Part. 3.

tegrum que se concede por justa causa á efecto de rescindir la prescripcion ya completa, y que el que prescribió restituya la cosa con todos sus frutos y accesiones. De aquí se infiere, que esta accion debe durar cuatro años continuos (8).

9—La segunda especie de acciones reales, nace del *derecho hereditario.* Éstas son dos: la *peticion de la herencia*, y la *querella de inoficioso testamento*; pero como ambas son mistas, se tratará de ellas despues de las reales y personales.

10—La tercera especie de acciones reales comprende aquellas que se dan con motivo de las *servidumbres.* Estas son dos: *confesoria y negatoria.* La accion confesoria es, una especie de vindicacion, y su fundamento es aquel derecho que afirmamos nos compete en la cosa agena. De consiguiente, si el otro niega corresponder este derecho, y procura impedir su uso, habrá accion contra él ó contra cualesquiera poseedores del predio, para que cesen de perturbar al actor en el uso de su derecho. Es, pues, la accion confesoria: *una accion real, que se dá al que tiene derecho de servidumbre contra cualquier poseedor del fundo sirviente, para que se declare por el juez corresponderle la tal servidumbre, condenando al reo en los intereses que haya perdido desde la perturbacion, y á que dé caucion de no perturbarle en adelante* (9). Por el contrario: el fundamento de la accion negatoria, es la libertad natural que se presume en los predios: por ésto compete á sus dueños, contra aquel que intenta tener algun derecho en ellos, para que se declaren libres, se mande al reo no perturbar mas al poseedor,

(8) Dicha ley 28 tit. 29 Part. 3.
(9) Ley 21 tit. 22 Part. 3.

dando caucion al efecto, y que resarza los daños y perjuicios que haya causado. Es, pues, la negatoria: *una accion real que se dá al dueño de un fundo libre, contra cualquiera que intente tener servidumbre en él, para que se declare no deberla, y se condene al reo a la satisfaccion de los perjuicios causados, y á que dé caucion de no perturbar al señor en adelante.* Esta accion tiene varias cosas singulares: 1ª que siendo real se dá al poseedor, lo cual en solo este caso se verifica; y 2ª que debiendo siempre el actor probar su accion, aquí se le liberta de la prueba, y se manda al reo que lo haga; porque la libertad natural en la cual el actor pone el fundamento de su accion, se presume, y la presuncion transfiere el cargo de probar en el contrario. Se esceptúa el caso de que el reo esté en *cuasi posesion* de su servidumbre, pues entónces el actor debe probar su libertad.

11—La cuarta especie de acciones reales es de aquellas que traen su orígen del *derecho de prenda*: no en cuanto es contrato, porque entónçes no produce mas que accion personal, sino como derecho en la cosa. De él deducian los romanos dos acciones: una llamada *serviana*, y otra *cuasi serviana* ó hipotecaria; pero por nuestro derecho solo ésta es bastante [*].

[*] La accion *serviana* tenia lugar en un solo caso: éste era cuando alguno daba en arrendamiento un predio rústico, tomando del arrendatario algunas alhajas en prendas para la seguridad de la pension: si el arrendante perdia la posesion de alguna de estas cosas, tenia accion contra cualquiera poseedor de ellas, para que se la restituyese. Ahora por nuestro derecho, este efecto y todos los demas, estan refundidos en la cuasi serviana ó hipotecaria.

12—Se concede á toda especie de acreedores que hayan recibido prenda ó constituido hipoteca, para que habiendo perdido la posesion ó enagenádose los bienes hipotecados, los vindiquen de cualquier poseedor con sus frutos y dependencias (x). Dirémos, pues, que la accion llamada cuasi serviana ó *hipotecaria*, es por el derecho de España: *una accion real que compete á todo acreedor que haya recibido prenda, ó tenga hipoteca tácita ó espresa en los bienes de su deudor, para que perdiendo la posesion de la prenda ó enagenándose los bienes hipotecados, pueda repetirlos de cualquier poseedor, para retenerlos hasta la satisfaccion de su deuda* (10) (y).

(x) No debe confundirse la accion *hipotecaria* con la accion *pignoraticia*, pues ésta corresponde á aquel á cuyo favor obligó el deudor una cosa mueble, miéntras que aquella compete cuando la cosa obligada es inmueble ó raiz. Véase la nota (ag) pág. 80 tomo III.

(10) Leyes 14 tit. 13 Part. 5, y 9 tit. 17 lib 3. del Fuero Real,

(y) El que usa de la accion hipotecaria contra un tercero poseedor, debe probar: 1º que la cosa hipotecada era del deudor, ó que el que la empeñó tenia poder para hacerlo; y 2º que efectivamente se la empeñaron ó hipotecaron: leyes 18 tít. 13 Part. 5 y 4 tít. 19 lib. 11 Nov. Rec. Asímismo debe hacer antes escusion en los bienes del deudor por la accion personal, porque si éste tiene con qué pagar, no puede reclamarse contra un tercero, á ménos que la escritura contenga el pacto de *no enagenar*, en cuyo caso no es necesaria dicha escusion para intentar la accion hipotecaria: ley 14 tit. 13 Part. 5. Ni tampoco cuando el principal deudor, estando pendiente el pleito y la demanda contestada con él, vende ó transfiere la hipoteca á un tercero: *Tapia*, lib. 3 tit. 1 cap. 1 n. 14.

13—A las acciones reales se agregan las *prejudiciales*, que son aquellas por las cuales se controvierte sobre el estado de alguno. Llámanse así, ó porque siempre son prévias á otro juicio que se ha de intentar, ó porque la decision que se solicita por su medio, perjudica aun á otras personas entre las cuales nazca despues semejante cuestion, siendo regla general, que los pleitos solo perjudican á los que litigaron (11). Son reales, porque con ellas el actor intenta vindicar una cosa como suya: v. g., un señor a un siervo. Tantas son las acciones prejudiciales, cuantos son los estados de los hombres. Estos son tres: *de libertad, de ciudad y de familia.* Si uno sea libre ó siervo, es cuestion que pertenece al estado de libertad: si sea ciudadano o estrangero, al estado de ciudad; y finalmente, si sea uno padre y otro su hijo, al estado de familia. Todas las acciones que se intentan para estas declaratorias son las que se llaman *prejudiciales.* Por ejemplo, un mozo se presenta al juez pidiendo la herencia de Ticio, como hijo suyo: los poseedores de ella niegan que sea hijo, ó que lo sea legítimo: esta, pues, será accion prejudicial. Tres son las principales que se conocen de esta especie. La primera es, la causa de libertad: en ella se encuentra una accion por la cual, ó el señor intenta volver á la servidumbre á su siervo que se tiene por libre, ó éste siendo en la realidad libre, y viviendo en injusta servidumbre, la intenta contra el que se reputa su señor, para que se le declare libre. La segunda tiene lugar, cuando alguno pretende se declare que es ingénuo y no libertino: esto es, que siempre ha sido libre, y que no ha recibido la libertad de aquel que se reputa como

(11) Ley 20 tit. 22 Part. 3.

su patrono. La tercera es, la que se llama de *ágnoscendo alendoque partu*; y es una accion que se dá, ó bien contra el padre que niega al hijo la filiacion para que le reconozca, o bien contra el hijo para que haga lo mismo con su padre (12). Tambien tiene lugar esta accion en el caso de la herencia figurado arriba (z).

14—Las acciones *personales* son aquellas que nacen del derecho à la cosa: es decir, de la *obligacion*. Toda obligacion, segun hemos dicho ya (13), trae su orígen ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó nace de estas mismas fuentes; pero mediante algun hecho obligatorio, el cual, ó es lícito, ó ilícito. En esta materia, despues de considerar la naturaleza de las acciones personales, trataremos en primer lugar, de las que nacen de la equidad inmediatamente: en segundo, de las que nacen de la ley: en tercero, de las que dimanan de hecho obligatorio lícito; y en último, de las que provienen de hecho obligatorio ilícito.

15—La naturaleza de las acciones personales consiste en que todas traen su orígen de la obligacion, ó como hemos dicho, del *derecho á la cosa.*

(12) Dicha ley 20 tit. 22 Part. 3.

(z) Estas acciones prejudiciales ó *perjudiciales* tienen tambien la particularidad de que cada uno de los litigantes puede ser actor ó reo, porque ámbos las pueden intentar, aunque se considera como actor el que las entabla. Véase la ley 17 tít. 6 Part. 6, que prescribe las diligencias que deben practicarse cuando una muger queda embarazada al tiempo del fallecimiento de su marido, para asegurarse de la verdad de su embarazo; aunque parece que dicha ley ha sido modificada por la 3 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real.

(13) Lib. 3 tit. 14 pág. 40.

A mas de esto, nunca se dan contra un tercer poseedor, sino solamente contra aquel con quien se trató, en lo que principalmente se diferencian de las reales [*]. Veamos ahora sus diversas especies.

16—La primera, es de aquellas que nacen inmediatamente de la equidad; tal es en primer lugar, la accion llamada *á exhibir ó mostrar*. Exhibir es, dar á que se reconozca y vea públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion siempre que intentamos vindicar una cosa mueble, pero ignoramos si será la nuestra ó nó: v. g., me han hurtado á mí un libro, y oigo que Ticio ha comprado uno del mismo nombre, y que segun las señales que se me dan de él puedo hacer juicio de que es el mio: mas como no lo sé ciertamente, y Ticio no me lo quiere mostrar voluntariamente, puedo entablar contra él la accion llamada *á exhibir*. Esta, pues, es *una accion destinada á compeler al poseedor de cualquier cosa mueble á manifestarla ó exhibirla en juicio cuando en él se introduce, ó quiere introducirse la peticion de ella; y caso de resistirse á la exhibicion, se le condene en cuanto el actor jure se interesa en su adquisicion* (14). De aquí resulta que puede corresponder esta accion al que quiera demandar la cosa por accion real, y al que la solicite por personal, como se interese en la exhibicion (15). Pero seria inùtil y no debe intentarse

[*] Por derecho de los romanos habia otra diferencia entre las acciones reales y personales: ésta era que todas las reales se llamaban *vindicaciones*, y las personales *condicciones*, lo que provenia de la costumbre observada de citar al reo á dia señalado para comparecer en juicio, á lo que llamaban *condicere*.

(14) Leyes 16 y 23 tít. 2 Part. 3.

(15) Ley 16 en el principio tit. 2 Part. 3.

de las cosas inmuebles, sino precisamente de las muebles (16), pues las otras estan patentes á los ojos de todos. Se esceptúan los materiales que componen edificio, los cuales no se pueden exhibir ni vindicar por prohibirlo el derecho.

17—Puede compelerse á la exhibicion á quien de ella no se sigue perjuicio, pues esta obligacion nace de aquella regla de equidad natural que hemos establecido en otra parte: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*, ya se posea la cosa civil ó naturalmente, y tambien al que con dolo dejó de poseer, pero regularmente á espensas del que la solicite (17); y probando su derecho el actor, no solo se le ha de exhibir sino tambien restituir, debiendo estarse al juramento *in litem* del actor, cuando con dolo dejó de poseer la cosa, y segun él condenar al reo á la satisfaccion de cuanto jure; pero cuando sin dolo ni culpa del poseedor se deja de exhibir, puede obligarse por el juez á que dé caucion de hacerlo si vuelve á su poder (18). Tambien tiene lugar esta accion para obligar á los poseedores de instrumentos ó títulos à que los muestren a los que los necesitan, ó creen tener interes en ellos; y así, debe mostrarse el testamento de un difunto á aquel que se tiene por instituido de heredero ó con algun legado ó manda en él, y todos aquellos documentos que favorecen la intencion de alguno (19); lo que se funda en la misma regla de equidad que hemos notado.

18—Otra accion de las que dimanan inmediata-

(16) Dicha ley 16, y en ella Gregorio Lopez al n. 7.
(17) Ley 21 tit. 2 Part. 3.
(18) Véanse las leyes 16, 18, 19. 20. 21 y 22 tit. 2 P. 3.
(19) Ley 17 tit. 2 Part. 3 y 192 del Estilo.

mente de la equidad, es la *interrogatoria*, y corresponde á aquellos que para entablar otra accion necesitan de hacer preguntas al reo sobre puntos que les interesan. Un caso práctico de esta accion se nos presenta en el que quiere entablar ejecucion por alguna cantidad que se le debe: v. g., por préstamo, sin tener documento alguno, y si lo tiene no la trae aparejada. Este, pues, segun práctica del dia, debe presentarse al juez diciendo, que tanto tiempo há dio en calidad de préstamo tal cantidad á fulano, y que habiéndole reconvenido várias veces, se escusa ó rehusa el pago, por lo que le suplica se sirva mandar que el citado deudor bajo de juramento declare si es cierto haber recibido la espresada cantidad; y verificada la respuesta tiene ya la confesion del reo, siendo clara, fuerza ejecutiva. La misma accion tiene lugar cuando por el actor se pide que reconozca el reo su firma, que se haya en algun vale simple, el cual reconocimiento trae asimismo aparejada ejecucion. De lo dicho se infiere, que la intorrogatoria es: *una accion personal por la cual el actor compele al reo á responder sobre algunas preguntas que le hace, y que son necesarias para comenzar ó para continuar el pleito* (20).

19—Son tambien acciones personales nacidas de la equidad, los *interdictos*, pues no hay cosa mas justa, que el que uno sea defendido ó amparado en su posesion, miéntras que otro no pruebe tener mejor derecho á ella. Pero de esta clase de acciones se tratará en título separado (21). Lo son asímismo, las restituciones *in integrum*, por medio de las cuales se rescinden aquellos negocios que pare-

(20) Ley 1 tit. 10 Part. 3.
(21) Tit. 15 de este libro.

ce debian valer, atendido el rigor de derecho. Pero como estas rescisiones se deben hacer con causas graves, estas son: la fuerza ó miedo grave, el dolo ú engaño, la menor edad, y la ausencia por utilidad de la república, ó por otra justa causa, como estudios etc.; de aquí nacen otras tantas acciones. La primera es, la de miedo ó fuerza (22), mediante la cual se declara nulo ó se rescinde el negocio ó contrato hecho por fuerza, ó por miedo grave que cae en varon constante (23), y se compele al reo á restituir la cosa ó su estimacion (24). La segunda es, la accion de *dolo*, que produce los mismos efectos de anular ó rescindir los contratos de buena fé en que interviene, y aun si no se declaran nulos los de rigoroso derecho, como quieren algunos, se dirije la accion a que se enmiende la lesion, si fuere ésta en mas de la mitad del justo precio, ó á que el reo devuelva la cosa (25). La tercera accion, que es la de *menor edad*, no tiene nombre señalado, pero se dá á aquellos que durante el tiempo de su menoría, han sido dañados en algun negocio, contra aquellos de quienes recibieron el dado, a efecto de que se rescinda el negocio, y el menor sea restituido en sus antiguos derechos (26). Esta misma accion compete á las iglesias, fisco, concejos y ciudades o Universidades, por estar éstas en perpétua curatela, y la podrán intentar cuando hayan

(22) Llámase esta accion en latin, *quod metus causa*.

(23) Ley 7 tit. 33 Part. 7.

(24) Véase para esta accion la ley 56 tít. 5 Part. 5, y la 28 tít. 11 Part. 5, de donde se puede deducir.

(25) Leyes 57 tít. 5 Part. 5, y 2 tit. 11 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 1 lib. 10 Nov. Rec., y 1, 3, 4 y 6 tít. 16 Part. 7.

(26) Leyes 1 y 2 tít. 19 Part. 6.

recibido daño, por engaño ó negligencia, dentro de cuatro años contados desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo, y dentro de treinta, si el daño fuere tan grande que esceda de la mitad del precio de la cosa (27). La accion *rescisoria* es otra especie de restitucion, segun dijimos; pero ésta no es personal, sino real.

20--La accion llamada *condiccion sin causa*, es tambien personal, proveniente de la equidad, y se puede tomar, ó como el género supremo de todas las acciones, ó como una accion especial que se dá en el caso que falten otras, y no permite la equidad que uno lucre con detrimento de otro, que es como se toma aquí. En tales términos, siempre que alguno dió una cosa, no por causa futura ni torpe, ni tampoco pagó indebidamente; pero sin embargo otro la posée sin causa legítima, puede repetirla el primero, intentando esta condiccion, la cual podemos decir que es: *una accion personal que corresponde á aquel cuyos bienes posea otro sin justo motivo, para compeler á este detentador á que los restituya*. Por ejemplo, se debe dar esta accion al sastre que, habiendo perdido los vestidos que hacia, pagó el precio á su dueño, si llega el caso de hallarlos ó recuperarlos éste: al deudor que satisfizo el crédito, y solicite la devolucion del vale que aun retiene su acreedor; á la muger para recuperar la dote si el matrimonio se declara nulo, y otros semejantes. Finalmente, la accion *pauliana* nace tambien de la equidad; pero de ella trataremos entre las mistas.

21—En la otra clase de acciones personales se deben poner las que nacen inmediatamente de la ley y se deberían llamar *accion ó condiccion por ley*.

(27) Ley 10 allí. Véase el Apéndice último del tomo I.

Tenian lugar cuando los pactos no producian accion comunmente, sino solo algunos señalados, y principalmente aquellos en que alguna ley lo concedía. Era, pues, esta condiccion una accion personal subsidiaria, que solo tenia lugar cuando la ley no la establecia señalada contra aquel ó sus herederos que estaba obligado á dar ó cumplir lo que la misma ley disponia. Mas en el supuesto de que por nuestro derecho y práctica, todo pacto justo produce accion (28), y que nace tambien de cualquier ley para su cumplimiento, aunque no se esprese en ella, es inútil en nuestro foro dicha condiccion.

22—La tercera clase comprende aquellas acciones personales que dimanan de un hecho *lícito*. Hecho obligatorio licito, llamamos á la *convencion*. Esta es, ó pacto, ó contrato; y el contrato, ó es verdadero, ó cuasi contrato: el verdadero, ó es nominado, ó innominado. De cualquier pacto, por desnudo que sea, como se conozca ó pueda probar la intencion de obligarse, nace accion, segun nuestro derecho, aunque no tiene nombre señalado; por lo cual es ocioso esplicar la accion de *constituta pecunia*, que no era mas que un pacto pretorio, lo mismo que la llamada *in factum de jurejurando* (29).

23—Por lo que hace á las acciones nacidas de los contratos verdaderos, tenemos poco que decír, por haber tratado ya de cada una en el título de su

(28) Ley 2 tit. 16 lib. 5 Recop. de Cast. Ley 1 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec. Véase la nota (aj) pag. 83 tomo III.

(29) Esta accion se concedia á aquel que juraba, qué y cuánto se le debia, habiéndose comprometido su deudor á pasar por su juramento, produciendo el efecto de compeler al deudor á pagar todo lo que el actor habia jurado que se le debia.

correspondiente contrato; y así aquí las enumerarémos solamente. Los contratos *verdaderos*, segun hemos dicho, ó son *nominados* ó *innominados*. Los nominados son, ó *reales* ó *verbales*, ó *literales* ó *consensuales*. Los *reales* son cuatro: *mutuo, comodato, depósito* y *prenda*. Del primero nace la accion llamada *de mútuo*: del segundo, la accion *de comodato*, directa y contraria: del tercero, la accion *de depósito*, directa y contraria; y del cuarto, la accion *de prenda*, asímismo directa y contraria (aa).

24—Como en el dia no se encuentra contrato alguno á que llamemos *verbal*, tampoco hay accion que le corresponda. El *literal* es uno solo, y se verifica en el caso de haber confesado alguno por escrito, que debe cierta cantidad y dejado que pasen dos años, en virtud de lo cual nace accion para obligar al que recibió á que pague la cantidad que confiesa (bb). Los contratos *consensuales* son cinco: *compra venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad* y *mandato*. De todos ellos nacen acciones de su mismo nombre, ámbas directas, á escepcion del mandato, en el que la una es directa y la otra contraria (cc).

25—De los contratos *innominados* nacen tambien las correspondientes acciones, que se dan al que dió ó hizo por su parte para obligar al que prometió dar ó hacer, á cumplir el contrato, las cuales, como ellos, no tienen nombre (30).

(aa) Véase el tít. 15 tom. III pag. 53 y siguientes.
(bb) Véase el tít. 22 tom. III pág. 107 y siguientes.
(cc) Véanse los títulos 24, 25, 26 y 27 tom. III pág. 113 y siguientes.
(30) Estas acciones se llamaban entre los romanos *in factum*, y tambien *præscriptis verbis*, porque debian concebirse en las demandas con ciertas y señaladas pa-

26--Síguense los *cuasi contratos*, y basta solamente referir sus acciones, pues estan esplicadas en otras partes (dd). Estos cuasi contratos son en primer lugar, el manejo ó *administracion de negocios agenos*, del cual nace una accion llamada del mismo nombre, directa y contraria. El segundo es la *tutela*, de la que nace otra accion, asímismo directa y contraria. El tercero es, la *herencia comun*, de donde sale la accion llamada *familiæ erciscundæ* mista de real y personal; y así trataremos de ella despues. El cuarto es, la *adicion de la herencia*, que produce una accion personal que compete á los legatarios y fideicomisarios, y a todos aquellos á quienes se debe algo del testamento, para obligar al heredero que aceptó, á pagar los legados, fideicomisos y demas cosas dejadas en el testamento, con sus frutos y accesiones desde el dia de la muerte del testador. El quinto es, la *paga indebida*, de la cual nacen la *condiccion* ó accion personal para repetir lo pagado, en los casos que se esplicaron en su lugar. El sesto es, recibir los maestres, taberneros y mesoneros algunas cosas en su nave, taberna ó meson; y de la accion que se dá contra ellos cuando los compañeros ú otros de los viajantes hurtan algunas cosas, o hacen algun otro daño, se trató ya en donde corresponde (31). El último es el gasto ó espensas hechas en el entierro de algun difunto.

labras, arreglándose á las que resultaban de las convenciones particulares, y deduciendo en juicio segun ellas la accion *in factum;* pero el dia de hoy no hay palabras algunas señaladas para introducir las acciones. Véase el núm. 12 pag. 45 tomo III.

(dd) Véase el tít. 28 tom III pág. 244 y siguientes.

(31) Tít. 5 pag. 36 de este libro.

Se verifica en el caso de que uno, movido de piedad, haya hecho dichos gastos de su cuenta, por no estar todavia aceptada la herencia, y no haber heredero que pueda hacerlos. Se dice que este es un *cuasi contrato*, porque propiamente no es *mandato*, supuesto que ninguno mandó, ni *administracion de negocios agenos*, porque aun no hay heredero de quien se administren, y al difunto no le pertenece ya esta administracion. Mas en este caso se concede al que hizo los gastos, la accion llamada *funeraria*, que es: *una accion personal que compete contra el heredero que aceptó la herencia, ó contra aquel á quien pertenecia hacer los gastos del funeral del difunto, para que restituya todo lo gastado por dicho motivo.* Esta accion es tan privilegiada, que el actor será preferido en la paga a todos los otros acreedores del difunto (ee).

27—Resta esplicar la cuarta clase de acciones personales, que son aquellas que nacen de un hecho *ilícito* á que llamamos *delito*. Este es, ó ver-

(ee) Se entienden por *gastos funerarios*, la *cera*, *misas* y *gastos del enterramiento*, segun la ley 30 de Toro, que es la 9 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec. Esto es, el hábito con que se amortaja el cadáver, la caja ó atahud, el velarle y amortajarle, la cera que se gasta en la casa del difunto miéntras está de cuerpo presente, y en la iglesia durante la vigilia y misas, la limosna de éstas y los responsos, la conduccion del cadáver á la iglesia y al cementerio, la sepultura y los demas accesorios sin los cuales no puede hacerse el entierro. El luto de la viuda y de los hijos no se comprende entre los gastos de esta clase, á no haber tal costumbre en el pueblo: Escriche, palabra *Funerales*. Véase el núm. 2 del Apéndice *de la prelacion de las obligaciones*, página 255 tomo III.

dadero, ó cuasi delito. *Verdaderos* son, en primer lugar, aquellos cuatro delitos privados de que hemos tratado en los títulos anteriores. Del *hurto*, pues, que es el primero, nace la *condiccion furtiva*, que es una accion persecutoria de la cosa, y la *accion de hurto* que persigue la pena (32). De la *rapiña*, que es el segundo, nace la accion de este nombre, ó la de hurto, ambas personales. Del *daño hecho contra justicia*, nace otra accion de su mismo nombre; y de la *injuria*, la accion de injurias, esplicadas ambas ya. Se agrega á éstas el delito de *recibir algo por causa torpe ó injusta*, y la accion que se concede para repetir lo dado, se llama *condiccion por causa torpe*, y es: *una accion personal en virtud de la cual aquel que honestamente y con buen fin, dió alguna cosa, puede repetirla del que la recibió por causa torpe ó injusta y de sus herederos, con sus frutos ó su estimacion en caso de haber perecido.*

28—Mas esta accion no tiene lugar si interviene torpeza de parte del que dá y no del que recibe: v. g., lo que se dá à una meretriz despues de haber pecado con ella. Tampoco se concede si hay torpeza de parte de uno y otro: v. g., lo que se diese á un juez ú otro oficial público á efecto de sobornarlo. Infiérese, pues, que solo tiene lugar en el caso de que uno dá por causa honesta y otro recibe por torpe ó injusta: v. g., por evitar el que se cometa un homicidio ú otro delito (ff).

(32) De ésta se trató en el título 1.

(ff) La torpeza ó injusticia puede estar de parte del que dá, ó del que recibe, ó de ámbos. Cuando la torpeza está únicamente de parte del que recibe, hay lugar á la repeticion de la cosa pagada; y no le hay,

29—Otra accion procedente de delito es la llamada *de distrahendis rationibus*, y compete al huérfano para repetir contra su tutor cuando con dolo ó fraude ha usurpado parte de sus bienes, y ha da-

cuando está de parte del que dá ó de ambos: ley 47 tit. 14 Part. 5. Así, pues, si das dinero á Pedro porque no cometa hurto, sacrilegio, homicidio, adulterio ú otro delito, ó al juez para que no te haga injusticia, podrás repetirlo; porque es torpeza recibir precio por abstenerse de lo que no se puede hacer sino faltando á sus deberes; y no lo es el darlo para que no se haga mal, ó para redimir una vejacion. Pero si das dinero ú otra cosa al juez con el fin de sobornarle, ó á una muger de buena fama con intencion de seducirla, no lo podrás recobrar, aunque en el segundo caso la muger no acceda á tus deseos; porque hay torpeza de parte de los dos, y habiendo igualdad es mejor la condicion del que posée; bien que en el caso del juez, lo dado no queda en él, sino que pasa al fisco: ley 53 tit. 14 Part. 5.—Si los que se casan sabiendo que tienen impedimento legítimo entre sí, se dieren uno á otro alguna cosa por dote ó arras, y despues se separa el matrimonio, ninguno de los dos podrá pedir ni recobrar lo dado al otro, por cuanto la torpeza procede de ambas partes; pero tampoco gana cada uno lo recibido, sino que debe aplicarse al fisco; á no ser menores de veinticinco años, los cuales habrán de restituirse lo que se hubiesen dado por dote ó arras, sin que incurran en la pena de perderlo para el fisco: ley 51 allí.—Si una muger, sabiendo que tiene impedimento para casarse con Juan que lo ignora, se casa no obstante dándole dote, no la podrá reclamar cuando los separen, porque hay torpeza de parte del que dá: ley 50 allí.—Por esta misma razon, no tiene derecho de repeticion el que diese dinero á muger pública por tener acceso con ella; en cuyo caso dice la ley que está la torpeza de parte de él, y no de la muger, que sin embargo de su

do cuenta fraudulosamente; y produce el efecto de compelerlo á que las liquide ó aclare, y pague lo que hubiere sustraido, con el doblo (gg).

30—Por lo que hace á los *cuasi delitos*, de cada uno de ellos nace su respectiva accion; pero no tiene nombre determinado, sino que se espresa con el del cuasi delito a qué pertenece.

31—Esplicadas ya las acciones reales y personales; síguese ahora tratar de las *mistas*, que son aquellas que participan de la naturaleza de unas y otras, aunque por lo regular se pueden reducir á alguna de las dos especies.

32—Las principales acciones de esta naturaleza, son las que se conceden para *deslindar los términos comunes*, para *pedir la herencia* ó dividirla, y para *dividir cualquiera otra cosa comun*, á las que agregamos la accion *pauliana*, porque siendo en realidad personal, tiene tambien algo de real. La accion para deslindar los términos comunes, á que dicen en latin *finium regundorum*, es de aquellas que se llaman *dobles*, porque en el juicio que se promueve, ambos colitigantes pueden intentarla como actores. Tiene lugar en cualesquiera términos, mojo-

grave pecado, no obra mal en recibir lo que le ofrecen: ley 53 citada.—Finalmente, el que habiendo cometido algun adulterio, homicidio, hurto ú otro delito semejante, diere alguna cosa á otro para que no le descubra, puede pedir su restitucion, porque si bien fué torpeza haber cometido el delito, no lo es dar algo para evitar el peligro de ser descubierto, pues todo hombre debe solicitar cuanto pudiere no caer en riesgo de perder la vida ó la fama. ESCRICHE, palabra *Paga por causa torpe*.

(gg) Véase la nota (e) pág. 14 de este libro, y los números 7 y 8 tit. 22 del lib. I pág. 162.

nes ó límites oscurecidos ó confusos, para que, averiguàndose su antigua situacion, se restablezcan ó se termine el pleito por adjudicacion de partes señaladas (33). Es mista de personal y real, porque se intenta contra el que dio ocasion al litigio, y para vindicar una cosa en que se tiene dominio; y así compete como directa a solos los dueños de los predios, y como útil a los que en ellos tienen derechos útiles: v. g., los usufructuarios. Tambien compete ó se da no solo para arreglar los límites, sino tambien para recuperacion de cuanto interesa de los frutos percibidos y daño causado (hh).

33—La segunda accion mista y tambien *doble*, es la que se dá para *dividir una cosa comun*, y trae su origen de que ninguno puede ser obligado á permanecer en comunidad con otro, por los inconvenientes que de ello resultarian. Supuesto este principio, se introdujo la accion *communi dividundo*, porque como la del contrato de compañia, pertenece mas a las prestaciones personales, que à la division de las cosas comunes, fué preciso inventar una que solo tuviese este objeto, bien naciese la comunidad de compañia, ó bien de otra cualquiera causa, escepto herencia y confusion de términos. De lo dicho se infiere, que ésta es: *una accion que com-*

(33) Ley 10, v. *Otrosí decimos*, en el medio tit. 15 Part. 6.

(hh) Esta accion que los romanos llamaban *finium regundorum*, y que nosotros podemos llamar *de amojonamiento* ó *apéo*, nace de la obligacion que tienen los propietarios vecinos de deslindar y amojonar sus heredades cuando alguno de ellos lo pide; porque éste es el mejor medio de impedir las usurpaciones de terreno y evitar los pleitos á que pudiera dar lugar la falta de mojones: ley 10 tit. 15 Part. 6.

pete directamente por razon del dominio á cualquiera de los que poseen como dueños por indiviso alguna cosa, para que se divida y se presten los frutos percibidos (34).

34—La accion de *division de herencia*, dicha *familiæ erciscundæ*, se concede para dividir las bienes de ella judicialmente, cuando no se han convenido los coherederos á ejecutarlo por sí. Es tambien mista de real y personal, porque se dá para conseguir las cosas hereditarias: de lo que se deduce, que por ella se exijen los frutos percibidos de la herencia comun, y por el contrario se satisfacen las espensas hechas en ella (35).

35—La accion *de peticion de herencia* se cuenta entre las mistas por nacer, no solo de derecho en la cosa, sino tambien de derecho á la cosa, pues dimana del derecho hereditario y del cuasi contrato que hay en el caso de que uno administra una herencia comun. Es, pues: *una accion por la cual el heredero pide la herencia que le compete, con todos los frutos y accesiones que le corresponden desde el dia de la muerte del testador*. Se dá esta accion al heredero, ya sea por testamento ó ab intestato, contra aquel que se reputa como heredero, ó que posée de otra suerte ó sin causa alguna, para obligarlo á que restituya la herencia con sus frutos, segun hemos dicho, y resarza los daños, si los hubiere causado.

36—La *querella de inoficioso testamento* no es otra cosa que: *una especie de peticion de herencia, ó una accion que compete á los desheredados, contra los herederos instituidos en el testamento,*

(34) Ley 2 tit. 15 Part. 6.
(35) Véase el tit. 15 P. 6, y principalmente la ley 10.

para pedir que se rescinda el testamento, y ellos sean admitidos á la herencia como herederos ab intestato. No nos estendemos mas en esta accion, por estar esplicada ya en otra parte (36).

37—Finalmente, hemos agregado á las acciones mistas la *pauliana*, por tener tanto de las reales y personales, que por unos autores es tenida por solo real, y por otros por solo personal (37). En efecto, si no es mista, es de una naturaleza especial, y corresponde cuando el deudor enagenando sus bienes intenta defraudar a sus acreedores, y con efecto se verifica así. Por esto no debe introducirse hasta que hecha escusion en sus bienes se acredite la insolvencia (38). Debe intentarse siempre que el deudor, por cualquier hecho que disminuya su patrimonio se hace insolvente; pero no cuando por alguno deja de adquirir. Se da contra los que adquieren bienes del deudor fraudulento por título oneroso y con noticia del fraude; y contra todos los que los obtienen por título lucrativo, aunque lo ignoren (39). Se puede intentar esta accion dentro de un año computado desde el dia que supieron la enagenacion (40) (ii). Es, pues, la accion llamada *pauliana: una accion*

(36) Lib. 2 tít. 18 de estas Instituciones.

(37) Por solo *real* la tiene el Teatro de la legislacion fundándose en Justiniano: por solo *personal* la tiene Heineccio en este título, y el Sr. Tapia lib. 3 tit. y cap. 1 núm. 17.

(38) Arg. de la ley 7 ibi, *porque non puedan fallar de lo suyo*, tit. 15 Part. 5.

(39) Ley 7 en el medio, tit. 15 P. 5.—(40) Dicha ley 7.

(ii) La accion *pauliana*, llamada así por haberla introducido el pretor Paulo, tiene lugar cuando el deudor enagena sus bienes ó parte de ellos en perjuicio de sus acreedores, no solo despues de pronunciada la

que se concede á los acreedores para rescindir ó revocar las enagenaciones hechas por sus deudores en fraude suyo, obligando á los poseedores á que restituyan lo recibido con sus frutos [*].

sentencia contra él, sino tambien antes de ella: Gregorio Lopez, glos. 3 á dicha ley 7.

[*] Para la exacta inteligencia de esta accion, que es importante en la práctica, anotaremos lo que dicen algunas leyes sobre ella. Una, declara por *enagenacion fraudulenta* la que hace el deudor personal de todos sus bienes, despues que es condenado al pago de sus deudas, y antes de haberse trabado la ejecucion en ellos: ley 7 tit. 15 Part. 7.—En la misma, se concede la revocacion de la donacion hecha en vida ó legado en testamento, cuando se perjudica á los acreedores; y tambien podrán revocarse segun ella, las ventas, cambios, daciones en dote ó prenda, justificando el acreedor que el que así la recibió sabia la dolosa intencion de su deudor en fraude de los acreedores; concediendo á los menores de veinticinco años el privilegio de que no puedan ser despojados de los bienes adquiridos por los títulos ya espresados, aunque supiesen el engaño, sin que se les abone el precio que por ellos dieron: dicha ley 7.—Otra ley declara fraudulenta la enagenacion ejecutada contra los acreedores, cuando éstos por sí ó por otros se opusieron á que se efectuase: ley 8 del mismo título.—Pero no se tiene por tal cuando el deudor da en pago de una deuda legítima á su acreedor bienes que deducidos de su patrimonio lo hacen insolvente para con otros; de cuya regla se esceptúa el caso de que hubiese ya hecho cesion de ellos de su voluntad ó por mandato del juez: ley 9 tit. 15 Part, 5.—Tambien está prevenido en ellas, obtenga para sí los bienes del deudor sin comunicarlos á los demas acreedores, aquel que, sabiendo que huye por no pagar, se los toma de su autoridad por hallarlo en despoblado, ó con la del juez, si estaba el deudor en lugar don-

38—Pero es de advertir que no tiene lugar esta accion contra el acreedor que fué vigilante en cobrar, aunque por esto no queden bienes para la satisfaccion de los otros, ni contra el comprador que los adquiere con ciencia y tolerancia de aquellos.

§. II.

De las acciones persecutorias de la cosa, penales y mistas.

39—Hemos concluido la primera division de las acciones: síguese la segunda, por la cual unas son

de le habia; con tal que los bienes aprehendidos valgan tanto como la deuda del que los tomó, pues en lo que escedan deben comunicarse: ley 10 del mismo tit. 15. Igualmente declara otra, que la restitucion de la cosa enagenada con engaño, debe hacerse con los frutos, y en el estado que estaba al tiempo de la enagenacion, y los que produjese desde el dia en que se demandase en juicio hasta la sentencia, deduciendo las espensas hechas en la recaudacion de éstos, ó mejoras en la cosa. Pero los frutos que ésta produzca en el medio tiempo, desde la enagenacion á la demanda, son del comprador: ley 11 del mismo título 15 Partida 5.—Por último: precaviendo todo fraude en la materia, se declara insubsistente la remision de la deuda hecha por alguno á su deudor en perjuicio de los acreedores del que la perdona, cuando sabe el engaño aquel á cuyo favor se hizo. Tampoco se liberta de la obligacion al pago el fiador cuando se le echa fuera de la fianza, sabiendo él que se hace en fraude de los acreedores; antes en el caso de ignorar este hecho el deudor principal, es obligado dicho fiador al pago de toda la deuda, teniendo bienes suficientes, y solo en defecto de éstos, el deudor principal; de cuya obligacion se exime el fiador, ignorando el fraude cometido por su deudor: ley 12 del mismo título 15 Partida 5.

persecutorias de la cosa, otras *penales* y otras *mistas*. *Persecutorias de la cosa* son aquellas por las cuales solo pedimos lo que se nos debe o ha salido de nuestro patrimonio. De esta calidad son: 1º todas las acciones reales: 2º todas las que nacen de la equidad natural, pactos y contratos; escepto la accion del depósito miserable que en el caso de que el depositario lo niegue dolosamente se da en el doblo; y así, es *mista* de persecutoria y penal: 3º De los delitos, solamente hay dos acciones puramente persecutorias de la cosa, y son la *condiccion furtiva*, y la accion de *sustraccion de cosas*; y es aquella que compete á los casados cuando alguno de ellos durante el matrimonio, pero principiada la causa de divorcio, quitase, ocultase, vendiese ó consumiese alguna cosa, por sí ó por medio de otros, para que la restituya con sus dependencias ó frutos, verificado el divorcio (jj). Puramente *penales* se llaman aquellas por las cuales solo se persigue la pena. Estas no son muchas, y solo provienen de delitos; y son la accion de hurto, la de injurias, la de lo suspendido ó colgado en algun lugar donde pueda caer y hacer daño, y la de las cosas derramadas ó arrojadas, en el caso de causar la muerte á alguno. *Mistas* son por las que juntamente se persigue la cosa y la pena. Estas son: 1º la accion de depósito miserable, por la cual se consigue el doblo, en que se incluye la cosa y la pena: 2º la accion del legado dejado á lugares sagrados ó á causas piado-

(jj) Los romanos daban á esta accion el nombre de *rerum amotarum*, y compete al padre contra el hijo, ó á uno de los cónyujes contra el otro que le ha sustraido alguna cosa. Véanse las leyes 5 tit. 2 Part. 3, y 4 tit. 14 Part. 7.

sas, pues en el caso de que el heredero niegue que lo debe, ó retarde maliciosamente su solucion, se le condena tambien al doblo. Finalmente, son mistas de persecutorias de la cosa y penales, todas las acciones que nacen de los delitos, de que hemos tratado ya.

§. III.

De las acciones por las cuales se pide el simplo, duplo etc, y de las de buena fé, de rigoroso derecho y arbitrarias.

40—Aunque en nuestro derecho se encuentran leyes que dan acciones para pedir mas de la cosa que se debe, como es el doblo, tres tanto ó cuatro; con todo, la práctica del dia acredita que no tienen uso tales acciones en esta parte, y que con razon se dice comunmente que es feliz el que consigue, mediante la accion que intenta, su cosa solamente; por lo que omitimos gastar el tiempo en hacer una larga enumeracion de ellas.

41—Del mismo modo en el dia no se conoce la distincion que habia antiguamente entre acciones *de buena fé, de rigoroso derecho* y *arbitrarias*; mas para dar una completa idea de este título, diremos brevemente lo que eran, remitiendo a los que deseen mas estension en esta materia, à los autores que de ella tratan (41).

42—Acciones *de buena fé* eran aquellas por las que no estaba el juez ligado a ciertas fórmulas, ántes por el contrario, con libertad podia determinar lo que segun bondad y equidad debe darse y recibirse por los colitigantes. Tales eran todas las que

(41) Vinn. en el § 28 de este tit. Hein. en el mismo tit. desde el § 1181 hasta el 91.

nacen de contratos ó negocios *bilaterales*, en los que es mutua la obligacion. Las *de rigoroso derecho* eran aquellas que compelian al juez á sentenciar segun lo convenido espresamente por las partes, de suerte que no podia adjudicar nada mas de lo que se contenia en la cantidad cierta y espresa de la convencion; y de esta naturaleza eran todas aquellas que traian su orígen de negocios *unilaterales*, como la que nace del mútuo, de la estipulacion, del contrato literal, de la paga indebida, y del testamento. Las acciones *arbitrarias* se daban cuando el juez habiendo graduado primeramente conforme á equidad cuánto debia pagar el reo, éste por malicia ó contumacia no queria obedecer, por lo que le condenaba á satisfacer del modo que á su arbitrio juzgaba conducente, ó en cuanto juraba el actor que le interesaba. Entre estas acciones se contaban todas las *reales*, (escepto la peticion de herencia) la accion de lo obrado por miedo, y la de dolo, la accion á exhibir, la accion de lo que se prometió pagar en cierto lugar, con la cual aquel á quien se le prometió la paga en determinado lugar, repite contra el que no le pagó en el lugar prometido, para que le satisfaga todo el daño causado é intereses; la accion *redhibitoria*, que es la que se dá para rescindir la venta de cosa viciosa, y la que compete para deslindar los términos comunes.

43—En esta cuarta division de las acciones se trata regularmente, como por via de apéndice, del daño que resulta al actor pidiendo en juicio *mas* de lo que se le debe; acerca de lo cual diremos algo. Es principio asentado que el actor, siempre que sea posible, debe pedir una cantidad determinada; de suerte, que no basta que diga: *Ticio me debe mucho*, sino que debe espresar cuanto le debe: v. g.,

600 pesos, pues de lo contrario no podrá el juez, como debe, dar una sentencia precisa y determinada. Mas se añade: que así se debe practicar siempre que sea posible, porque en muchas acciones no lo es: v. g., en las acciones hereditarias, y en otras universales, en las cuales el heredero pide la herencia, aunque ignore a cuanto ascienda su valor, lo que aparecera despues por el inventario que se haga.

44—Antiguamente era tan rigoroso el derecho en este particular, que el que pedia, aunque fuese un real mas de lo que se le debia, se le condenaba á perderlo todo (42). El *pedir mas* era de varios modos: se pedia mas *en cosa* cuando se pedia mayor cantidad de la que se adeudaba; v. g., 500 pesos por 400: *en tiempo*, cuando se pedia mas luego, o antes de que llegase el dia; v. g., si se pedian el dia de hoy 100 pesos que no se debian pagar, sino hasta despues de un año; o por razon *del lugar*, como si se pide en lugar en que es mas incómodo para el deudor pagar, que aquel en que prometió hacerlo; ó finalmente, por cualquiera otro motivo que haga mas gravosa ó mayor la paga, que llaman, *mas por causa*; v. g., si se pide puramente lo que se debe bajo de condicion que no se ha cumplido: si se pide precisamente al esclavo Ticio, habiéndose prometido dar á Ticio ó á Cayo alternativamente. En todos estos casos, y en otros semejantes lo perdia todo el actor por haber pedido *mas* (43). Este rigor está mitigado en nuestro derecho; y así se haya establecido, que el que pide mas por razon del tiempo, es decir, el que pide ántes de tiempo, tenga la pena de que se le duplique el que debia esperar: v. g., debia uno pagar de aqui á un año, si le cobra aho-

(42) Ley 43 tit. 2 Part. 3.—(43) Dicha ley 43.

ra su acreedor, tendrá que aguardar dos años en pena (44) (kk). El que pide mas por razon del lugar o de la causa, tiene la pena de pagar el tres tanto de todos los daños y perjuicios que haya causado con su demanda (45). Finalmente: el que pide mas en cosa, debe pagar las costas del pleito, como tambien el que pide mas en tiempo; pero ninguno pierde lo que en realidad se le debe (46). Mas esta severidad de las leyes de Partida, aun mitigada algun tanto, no tiene lugar en el dia, y asi, al que pide mas, solo se le condena en las costas, como injusto litigante. Por otra parte, enmendando el actor el libelo ó peticion que ha presentado al juez, como puede antes de la sentencia (47), ó evitará del todo la pena no causando perjuicio al reo, ó la disminuirá tanto, cuanto se disminuyan las actuaciones que se hubieran de hacer continuándose el pleito, pues en todo caso se le condena en las costas (ll).

(44) Ley 45 tit. 2 Part. 3.

(kk) Segun Salgado esto no tiene lugar y puede pedirse ántes del plazo, cuando la hipoteca perece, ó el deudor va empobreciendo ó se teme la fuga. *Labyr. Credit. part.* 1 cap. 8 núm. 3 y sig.

(45) Dicha ley 45 tit. 2 Part 3.—(46) Ley 43 allí.

(47) Ley 10 tit. 17 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop.

(ll) Conviene aclarar mas este punto, segun las disposiciones terminantes de nuestro derecho. El que cometió dolo para pedír mas de lo que se le debe, pierde efectivamente la deuda; pero no interviniendo fraude en los términos que dice la ley 44 tit. 2 Part. 3, solo ha de ser condenado en todos los daños y costas que ocasionó el demandado por lo que pidió de mas; sin que al mismo tiempo deje de condenarse á éste á pagar la cantidad que verdaderamente debiere, absolviéndole de la parte que no deba. El que pidiere ántes del

§. IV.

De las acciones por las cuales se consigue todo lo que se debe, y de las con que se consigue ménos.

45—Resta solamente tratar de la quinta division de las acciones, y la mas facil: ésta es, que hay unas acciones por las cuales se consigue el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se consigue menos. Sentamos por regla general: que el todo se consigue ordinariamente con cualquiera accion, ya sea real, ya personal. Pero hay ciertos casos en que se consigue mènos, y éstos sirven de escepciones de la regla dada.

46—El primer caso es en la accion *de peculio*: ésta tiene lugar cuando el hijo de familias ó siervo que tiene peculio profecticio ha comerciado y contraido deudas: entónces los acreedores deben intentar la accion *de peculio* contra el padre ó el señor,

plazo ó tiempo en que se le debe pagar, no ha de ser oido, debiendo el juez alargar el plazo otro tanto cuanto el actor pidió antes de lo que debia pedir. Ultimamente, el que pide en otro lugar del que corresponde, ha de pagar al demandado el tres tanto del daño que le causó en su demanda; y lo mismo será si se excediere en el modo, pidiendo, por ejemplo, una cosa determinada y sin hacer mencion de la otra, cuando el deudor debiese una de las dos; bien que sobre esta última causa dice el Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas*, part. 1 cap. 3 n. 21 y 22, que para evitar las perniciosas consecuencias de inutilizarse una instancia y repetirse otra nueva, persuade la buena fé que el juez sufra tales defectos, concibiendo la sentencia en los mismos términos que lo haría si el actor no los hubiese cometido, conservando al demandado la eleccion, y condenándole á que entregue la cosa que elijiere: leyes 42, 43, 44, 45, y 48 tit. 2 Part. 3.

para obligarlo á que pague hasta donde alcance el peculio. De consiguiente, si hay ménos en el peculio que la cantidad que se adeuda, los acreedores reciben ménos que el todo de la deuda (48). Pero de esta accion trataremos de propósito en el siguiente título.

47—El segundo caso se verifica en la *compensacion*: ésta, segun hemos dicho en otra parte, es: *un contrapeso ó equilibrio de la deuda ú obligacion del deudor y del acreedor*. De aquí es que produce efectos de paga y disminuye la obligacion por ministerio del derecho *(ipso jure)*, à lo ménos hasta la suma concurrente: v. g., finjamos que Ticio se presenta contra Cayo diciendo que le debe mil pesos; mas Cayo por su parte prueba que Ticio le debe seiscientos: entonces esta suma se compensará con aquella; y así á Ticio solo se le adjudicaràn cuatrocientos, es decir, ménos del todo (49) (mm).

48—El tercer caso es, cuando se goza del *beneficio* llamado *de competencia*, el cual no es otra cosa: que *un privilegio personal, que hace que quien lo goza no pueda ser condenado á pagar mas de lo que pueda cómodamente*: es decir, que á quien tiene beneficio de competencia, no se le quita cuanto tiene hasta obligarlo á mendigar, sino que se le deja lo necesario para que subsista. De este privilegio gozan unos *por razon de parentesco*, como los ascendientes y descendientes; y otros por *justas consideraciones*, como el marido y la muger, el patrono y el liberto, los socios y los que son recon-

(48) Arg. de la ley 5 tit. 17 Part. 4.
(49) Leyes 20 y sig. tít. 14 Part. 5.
(mm) Véase el tít. 30 del tomo III n. 6 pág. 272.

venidos por donacion (50). A los parientes se agregan con mucha razon los hermanos; porque aunque no les conceden espresamente este beneficio nuestras leyes, pero se hace argumento de mayoridad de razon con los socios, que lo gozan por reputarse como hermanos (51) (nn). Por *conmiseracion* se concede este beneficio al deudor que de buena fé hizo cesion de todos sus bienes, para que si despues viniere á mejor fortuna, no sea obligado á pagar mas de lo que pueda, quedándole siempre lo necesario para su congrua substentacion (52).

(50) Ley 1 tit. 15 Part. 5, y 15 tít. 10 de la misma Partida, 32 tit. 11 Part. 4, y 4 tit. 4 Part. 5.
(51) Arg. de las leyes 1, y 10 tit. 10 Part. 5.
(nn) Véase el tit. 26 del tom. III n. 7 pág. 211, y el n. 20 del Apéndice *de la dote y bienes estradotales*, tomo II pág. 113.
(52) Ley 3 tit. 15 Part. 5. Véase la nota (da) pág. 271 del tomo III.

TÍTULO VII.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS QUE ESTAN EN AGENA POTESTAD.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Particularidad de las acciones de que se trata en este título.
3 ¡Por qué razon quedan obligados el padre y el señor por los contratos hechos por sus hijos y siervos?
4 De la accion de mandato del padre ó dueño, y diferencia entre **mandato** y **precepto.**
5, 6 De las acciones **exercitoria** é **institoria.**
7 Algunas observaciones acerca de estas acciones.
8 De la accion **tributoria.**
9 De la accion **de peculio.**
10 De la llamada **de lo convertido en utilidad propia.**

Despues de haber esplicado en el precedente título las cinco primeras divisiones de las acciones; síguese esplicar en este la sesta, á saber: que unas acciones nacen de *hecho nuestro*, y otras de *ageno*, esto es: de un hijo de familias, de un siervo ó de algun cuadrúpedo nuestro. Trátase pues, aquí, de las acciones que se dan contra el padre ó el señor, por los contratos de los hijos de familia ó siervos: en el siguiente título, de las que corresponden contra el señor por los delitos de los siervos; y finalmente, en el nono, de las que se dan contra el poseedor, por los daños causados por sus béstias.

2—Todas las acciones que se tratan en este título, tienen la particularidad de ser un cierto género supremo (1), bajo del cual se comprenden varias especies de acciones, y tantas cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo: la accion de peculio es género: si el hijo de Ticio debe por razon de mútuo, se puede intentar contra el padre la ac-

(1) En latin se llaman estas acciones *adjectitiæ qualitatis.*

cion de *mútuo*, *de peculio*: si debe por compra, la accion de *venta*, *de peculio*; y así de las demas. De suerte, que el ser *de peculio*, es una *calidad añadida* á las acciones que nacen de los contratos celebrados por semejantes personas; y lo mismo se debe decir de las demas de que se trata en este título.

3—Si se pregunta ¿por qué el padre ó el señor quedan obligados por los contratos hechos por sus hijos ó siervos? Podemos responder á esta cuestion, dando dos causas de esta disposicion; una *remota* y otra *próxima*. La remota es, porque el vínculo de la potestad, ya sea paterna, ya domínica, induce unidad de persona; y así el padre y el hijo, el señor y el siervo se reputan en derecho como una misma persona; de donde podemos inferir, que lo que el hijo y el siervo trataron, lo trató el padre o el señor. Pero en realidad esta razon es remota y fundada en una especie de ficcion, y tan trascendental que de ella se podria inferir que aun por los delitos del hijo podia ser reconvenido el padre; y así, es necesario recurrir á otra razon mas inmediata. Esta comprende cuatro casos. 1º Si el padre ó señor mandó al hijo ó siervo contraer: 2º Si el padre ó señor puso al hijo ó siervo de negociante: 3º Si el padre ó señor dió al hijo ó siervo peculio para que negociase con él: 4º Si lo adquirido por el hijo ó siervo en sus contratos se convirtió en utilidad del padre ó señor. De aqui se coligen las acciones de que se ha de tratar en este título, á saber: 1º de la accion de mandato del padre ó dueño: 2º de la accion exercitoria é institoria: 3º de la tributoria: 4º de la accion de peculio: 5º de la accion de lo convertido en utilidad propia.

4—La primera accion es la de mandato del padre ó dueño. Este *mandato* ó *precepto* (que esto

quiere decir la palabra *jussum*), se diferencia del mandato de que hemos tratado en el libro antecedente. Aquel es un verdadero contrato que requiere el consentimiento de ambos contrayentes, lo que no se puede verificar en el padre y el hijo, ni entre el señor y el siervo, que no se reputan por dos sino por una persona: luego este de que tratamos no se puede llamar en rigor *mandato*, sino un *precepto* que los padres ó dueños imponen á sus hijos ó siervos. De consiguiente, si el padre manda á su hijo contraer ó negociar, ó á su siervo el señor, es lo mismo que si el padre ó señor hubieran contraido ó negociado, y quedan obligados por esta accion, la que podemos decir que es: *una accion personal que corresponde á aquel que contrajo con un hijo de familias ó siervo, que tenia órden de su padre ó señor para contraer, á efecto de obligar á éstos, ó á sus herederos, á que cumplan el contrato celebrado, en todas sus partes* (2).

5—Síguense las acciones *exercitoria* é *institoria*, para cuya inteligencia es necesario esplicar algunos vocablos. *Exercitor* en lengua latína se llama aquel que trata de cargar una nave, suya ó alquilada, para echarla al mar, de suerte que á él, como à dueño, pertenecen los emolumentos ó réditos de ella. Este, por lo comun, pone á otro en su lugar para que entienda en las negociaciones, presida y gobierne la nave, el cual se llama *maestre de nave*, *capitan* y aun *patron*, siendo indiferente el que sea padre ó hijo de familia, libre ó siervo, mayor ó

(2) Arg. de la ley 2 tit. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec., en la que se previene, que de cualquier modo que conste que uno quiso obligarse, quede obligado. Véase la nota (aj) pag. 83 tom. III.

menor (oo). Al que ponen los mercaderes en sus tiendas públicas, para que en su nombre gire y gobierne la negociacion en ellas, llaman en latin *institor*, y entre nosotros se conoce con el nombre de *factor ó cajero mayor*. Tampoco importa el que este sea padre ó hijo de familias, siervo ó libre, mayor ó menor (pp). Finalmente, las condiciones que se prescriben por el dueño al maestre de nave ó factor para que las guarde precisamente en el comercio, se llaman *instrucciones*. Ahora, pues, si un mercader ingles envia á España una nave con su correspondiente maestre, y los mercaderes españoles contraen con él, parece que en rigor no deben éstos tener accion contra el mercader ingles, supuesto que no contrajeron con él, sino con el maestre; mas nuestro derecho, siguendo la equidad, concede á éstos la accion llamada *exercitoria*. Es, pues, ésta: *una accion personal que compete á los que contrajeron con el maestre del navio conforme á la instruccion recibida, contra el exercitor ó dueño, para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el maestre* (3).

(o) *Capitan*, *maestre ó patron* de navío, es aquel que siendo dueño propietario de él, le manda y gobierna en los viajes que se le ofrecen; ó que no siendo tal dueño, otros que lo son del casco y aparejos, le elijen y nombran por tal maestre, capitan ó patron; para que en su nombre gobierne y mande el navio, con facultad de disponer de él y sus aparejos, como si realmente fuese tal dueño en propiedad. Véase el cap. 24 de las Ordenanzas de Bilbao, y el cap. 4 del lib. 3 de la Curia Filípica.

(pp) Véase la nota (bi) pág. 236 del tomo III.

(3) Leyes 7, al fin, tit. 21 Part. 4, 26 tit. 28 Part. 5, y tit. 37 y 38 lib. 9 Rec. de Indias.

6—De la misma naturaleza es la *institoria,* la que tambien es: *una accion personal que corresponde á aquel que, conforme á instruccion, contrajo con algun factor, contra el mercader que lo puso en la tienda para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el factor* (4).

7—Mas acerca de estas acciones se debe observar: 1º Que queda siempre en arbitrio de los actores intentar la accion que tienen contra el maestre ó factor, ó la que igualmente les corresponde contra el exercitor o mercader, pues esta accion concedida por equidad, no debe quitar la directa que tiene cualquiera contra la persona con quien contrajo: 2º Que no tienen lugar estas acciones por delito del maestre ó factor, como ni tampoco por otros contratos, que no pertenezcan al oficio en que estan puestos (5). Y la razon es: porque los que los pusieron en aquel cargo solo estan obligados en fuerza del consentimiento que dieron para los contratos que celebrasen, y deben constar de las leyes de la instruccion que les hayan dado.

8—Síguese la accion *tributoria,* que en el dia no tiene uso alguno ni se hace mencion de ella, sino en el derecho de los romanos, por lo que no parece regular tratar de ella en unas instituciones que solo tienen por objeto el derecho de España [*].

(4) Dicha ley 7, y la 7 tit. 1 Part. 5.

(5) Arg. de la ley 7 tit. 21 ya citada, deducido de aquellas palabras: *con quien quier que los faga por razon de aquel menester ó mercaduria en que lo pone*, al núm. 3.

[*] Porque no se ignore qué cosa era esta accion, la trataremos brevemente por via de nota. Entre los romanos, si un hijo de familias que habia comerciado con el peculio profecticio, quebraba por haber contraido

9—La quinta accion es, la *de peculio*. Peculio se llama un pequeño patrimonio que el hijo de familias ó siervo posee con separacion del caudal de su padre ó señor. Mas como éste, por razon del hijo, sea de muchas maneras, y se divida en *militar y pagano*, y de éstos el primero en *castrense y cuasi castrense*, y el segundo en *adventicio y profecticio*; aquí solamente se habla del *profecticio* que es, aquel que dimana de los bienes del padre (qq). Ahora, pues, si el padre á su hijo ó el señor a su siervo, dió peculio para que negociase con él, y este hijo ó siervo contrajo deudas o quedó responsable en algunos contratos que celebro; en este caso los acreedores à quienes se debe algo, tienen la accion *de peculio* contra el padre ó señor y sus herederos, hasta donde alcance el peculio. Están pues, obli-

muchas deudas, y sus acreedores lo urgian para que pagase; en este caso no se necesitaba de recurrir al juez, sino solamente á su padre, que tenia la calidad de juez doméstico. Este, pues, estaba obligado á distribuir *prorata* entre los acreedores las mercaderías procedentes del peculio, y á esto llamaban *distribuir*, en latin *tribuere*. Pero sucedia muchas veces que el padre fuese injusto y no guardase la igualdad debida en esta distribucion, prefiriendo un acreedor á otro de mejor derecho; y para que este daño se remediase, se daba á los acreedores la accion *tributoria*, que competia á aquellos á quienes se habian distribuido mal las mercaderias del peculio del hijo ò siervo, contra el padre ó señor, para obligarlo á que ejecutase una distribucion arreglada. De lo dicho se infiere claramente, el motivo de estar abolida esta accion, pues en su caso, aun cuando se forme concurso de acreedores, no corresponde al padre ni al señor la graduacion de los créditos ni el pago, sino al juez: ley 2 tit. 13 Part. 5.

(qq) Véase el n. 4 y siguientes. tit. 9 tomo I, pág. 124.

gados el padre y señor en todo el valor del peculio, y si hay poco o nada en él, poco ó nada pagan: por esta razon referimos en el título antecedente, esta accion entre aquellas por las cuales no siempre se consigue el todo. Concluiremos con su definicion en términos para mayor claridad. Es, pues: *una accion personal de calidad adherente á todos los contratos, que se dá contra el padre ó señor por el contrato celebrado por el hijo ó esclavo que tiene peculio, para obligarlo á pagar hasta donde alcance el valor de este.*

10—La última accion perteneciente á este título es, la que se llama *de lo convertido en utilidad propia*, en latin de *in rem verso.* Se introdujo esta accion en favor de los que contrataban con los hijos de familia o esclavos, para repetir por medio de ella contra sus padres ó señores, estinguido el peculio, todo cuanto se hubiese convertido en su utilidad ó entrado en su patrimonio. El caso de ella se puede figurar de esta suerte: un padre ó señor no mandó á su hijo que contrajese; mas con todo el hijo ó siervo contrajo de modo que resultó utilidad ó aumento en su patrimonio, ya sea porque recibiese algo del contrato, como si compró algunos cajones de libros y los remitió á su padre; o ya sea que éste dejase de hacer algunos gastos necesarios con su dinero y los hiciese con el que el hijo habia tomado á mútuo; como si reparó su casa que amenazaba ruina, y pagó á sus acreedores (6). Se funda, pues, esta accion en aquel principio de equidad: que ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro, y por lo mismo, aunque se introdujo directa por los contratos de hijos de familia y siervos, se

(6) Ley 7 tit. 1 Part. 5.

dá tambien útil contra cualquiera, por lo que otros hagan a su nombre, verificandose haberse convertido en su provecho (7). De lo dicho se infiere, que la que hemos esplicado es: *una accion personal que se dá contra el padre ó señor por la responsabilidad que les resulte de los contratos celebrados por su hijo ó siervo que administraron peculio, en cuanto se haya convertido en su utilidad* (rr).

(7) Leyes 5 y 6 tit. 1 Part. 5.

(rr) Para completar la doctrina de este título, recordaremos la disposicion del *Senadoconsulto macedoniano*, el cual era un decreto del Senado de Roma que declaraba nula toda obligacion de un hijo de familias nacida de haber tomado dinero prestado, de modo que el prestamista quedaba sin accion alguna para reclamar lo que habia dado. Llamóse *macedoniano*, porque dió motivo ú ocasion á él un particular llamado *Macedon*, el cual segun unos era un usurero que pervertia las costumbres, y segun otros un hijo de familia, que viéndose abrumado de deudas por sus escesos y desórdenes, habia atentado á la vida de su padre. Este Senadoconsulto está recibido entre nosotros. Véanse las leyes 4, 5 y 6 tit. 1; penúlt. tit. 3, 30 tit. 13, 12 tit. 14, y 2 tit. 15 Part. 5.

TÍTULO VIII.

DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS DE LOS SIERVOS, LLAMADAS NOXALES.

SUMARIO.

1 Qué se entiende por **nóxia**, y qué por **noxa**.
2 De la naturaleza de las acciones **noxales**.
3 Contra quién se dan estas acciones.
4 Qué disponen las leyes de Indias sobre esta materia.
5 Diferencias entre lo dispuesto por las leyes de Partida y las de Indias.
6 Por derecho español nunca ha tenido lugar la accion noxal en los delitos que cometen los hijos de familia.

Las acciones esplicadas en el título antecedente, dimanan de contratos: síguense ahora las que nacen de delitos de los siervos. Se llaman *noxales* de esta palabra *noxia*, por la que se entiende en derecho, cualquier daño causado por algun delito de un siervo. *Noxa* se llama al mismo siervo que causó el daño ó cometió el delito; pero aunque esta es la rigorosa significacion de estas palabras, se suelen confundir y usurpar promiscuamente (ss). Es, pues, accion *noxal: la que intentan aquellos á quienes ha dañado algun siervo, contra cualquiera que lo posée, á efecto de obligarlo ó á que resarza el daño causado, ó á que entregue el siervo á la noxa*: es decir, que lo entregue al dañado en manera de satisfaccion (1).

2—La naturaleza de estas acciones consiste en dos cosas. 1.ª Que todas, como las del título ante-

(ss) *Noxa* autem est *ipsum corpus* quod nocuit, id est, *servus*: *noxia, ipsum maleficium*, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. *Instit.* lib. IV tit. VIII § 1.

(1) Leyes 4 tit. 13 y 5 al fin, tit. 15 Part. 7; 2 tit. 2 lib. 7 Fuero Juzgo, y 5 tit. 13 lib. 4 Fuero Real.

cedente, son de calidad *adyecticia*, ó adherente, que comprenden bajo de sí tantas especies, cuantos son los delitos privados, y cuasi delitos que pueden cometer los siervos; y así, si un siervo cometió hurto se da la accion noxal de hurto: si injuria, accion noxal de injuria: si dañó arrojando ó derramando, accion noxal de lo arrojado ó derramado. 2ª Que esta accion es equivalente á real, porque se da contra cualquier poseedor; y asi, el que tiene en su poder al siervo al tiempo de la contestacion del pleito, es el reconvenido noxalmente. Mas si el siervo fuese manumitido, entonces él mismo seria reconvenido, no con accion real sino con la directa, procedente del delito cometido.

3—De la defincion dada se deduce claramente, contra quién se dan estas acciones, á saber: contra el señor, pues parece justo que ya que éste lo adquiere todo por el sirvo, tambien sufra el daño cuando lo cause. Mas como podia acontecer que la pena importase mas que el valor del siervo, se tuvo por conveniente conceder al señor arbitrio para que escojiese una de dos, ó resarcir el daño, ó desamparar el siervo (2).

4—Lo dicho tiene lugar atendidas las leyes de Partida; mas por el derecho de Indias se puede intentar la accion correspondiente al delito, directamente contra el mismo siervo oyendo á su dueño, si no es que lo desampare ántes de contestar la demanda, ó sea intresado en la acusacion, y siempre con citacion y audiencia del procurador síndico de la ciudad, en calidad de protector de esclavos (3).

(2) Ley 5 al fin, tit 15 Part. 7.

(3) Real cédula de 31 de mayo de 1789 cap. 9. Téngase presente, siempre que se cite esta real cédula, que

5—Debemos, pues, distinguir dos casos conforme á este derecho: el primero, cuando el señor no desampara al siervo, y el segundo, cuando lo desampara; pero en ambos casos hay notable diferencia entre este derecho y el de Partidas. En el primero, no queriendo el señor desamparar al esclavo, y siendo éste condenado á la satisfaccion de los daños causados por su delito, en favor del agraviado, deberá pagarlos el señor, y el esclavo sufrira la pena correspondiente al delito que cometió (4). En el segundo caso, en que el esclavo es desamparado por el dueño, si tiene peculio propio suyo, como puede tenerlo conforme a derecho (5), debe pagar los daños y perjuicios ocasionados por su delito, y si no tuviere con qué sufrirá la pena corporal correspondiente, y en uno y otro caso se debe proceder con arreglo á lo que disponen las leyes sobre las causas de los delincuentes de estado libre (6).

6—Por lo que hace á los hijos de familia, segun el derecho de España, nunca ha tenido lugar la accion *noxal* en los delitos que cometen, sino que ellos deben ser reconvenidos, y condenados a la pena correspóndiente, la que si fuere pecuniaria, y él no tuviere peculio, ni su padre la quisiere pagar, se convertira en corporal (7).

esta suspenso su cumplimiento, segun hemos dicho en otra parte; pág. 123 tomo II. y 90 tomo III.

(4) Véase sobre este caso la ley 10 tit. 1 Part. 7, que dice: que no queriendo el señor pagar la pena pecuniaria que merece el siervo, que se la den corporal, pero no de muerte.

(5) Dicha real cédula de 31 de mayo de 1789 cap. 3.

(6) Arg. del cap. 3 ya citado y del 9, de donde se deduce lo esplicado.

(7) Ley 5 al fin, tit. 15 Part. 7.

Título IX.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS CUADRUPEDOS Ó BESTIAS.

SUMARIO.

1, 2 Se distinguen tres casos acerca del contenido de este título.
3, 4 Acciones que resultan de cada uno de dichos casos.
5, 6 Disposiciones relativas á la América.
7 Accion que compete al que recibio daño estimable ó inestimable de una bestia fiera mal guardada.

Acerca de este título, para proceder con claridad, debemos distinguir tres casos. El 1º cuando una bestia *mansa*, contra su natural instinto ó costumbre y sin instigarla hizo daño: v. g., cuando un caballo dá coces: el 2º cuando dañó en las cosas agenas por hechos naturales: v. g., un buey pastando en prados o mieses de otros; y el 3º, cuando el daño proviene de una bestia de las que se llaman *fieras*, como leon, oso, tigre, etc.

2—Para todos estos casos, aunque por nuestro derecho no tienen nombre distinto las acciones que resultan, se debe proceder en ellos con distincion, por no ser una misma la pena que se impone en todos (1).

3—La accion que resulta en cualesquiera de ellos, se llama *de daño causado por las béstias*, llamada en latin *pauperies*, aunque esta palabra se usurpaba para significar el daño ocasionado por un cuadrúpedo contra su naturaleza, conforme esplica-

(1) Por derecho de los romanos la primera accion se llamaba de *pauperie*: la segunda, de *pastu pecorum*; y la tercera se llamaba *edilicia*. Pero nosotros á cualquier daño de estos tres podemos llamar *pauperies*.

mos en el primer caso. Sea, pues, por hecho contrario á su natural mansedumbre, sea por un hecho natural, corresponde por nuestro derecho: *una accion contra cualquier poseedor del animal que dañó sin ser irritado ni instigado, para que, ó resarza el daño causado, ó entregue la béstia* (2). Se dice que esta accion se intenta contra cualquier poseedor, porque no es puramente personal, sino que tiene esta calidad de real (3). Se dice que ha de haber dañado sin ser irritado ni instigado, porque si alguno la espantó ó la irritó, no se dá esta accion, sino la *de daño causado sin derecho*, y no contra el dueño de la béstia, sino contra el que la irritó (4). Finalmente, se añade: que debe el dueño resarcir el daño ó entregar el animal, porque esta accion es *noxal*, que tiene por su naturaleza esta alternativa, y milita para ella la misma razon que dimos en el título antecedente.

4—Tiene tambien por efecto esta accion cuando es intentada por daños hechos en huertas, mieses ú otras cosas de alguno, causados por los animales á sabiendas del dueño, ó por malicia suya ó del pastor que los guarda, de obligar á la satisfaccion del doblo de todos los daños, conforme los valuaren hombres inteligentes (5). Pero aun cuando se encontrase á las béstias ó ganados haciendo el daño, no será lícito matarlos, herirlos, ni hacerles mal alguno, solo sí cojerlos para llevarlos ante el juez (6).

5—En la América, consultando al bien de los in-

(2) Leyes 22 y 24 tit. 15 Part. 7, y 20 tit. 4 lib. 4 Fuero Real.

(3) Arg. de la ley 22 ya citada.

(4) Dicha ley 22 al fin, tit. 15 Part. 7.

(5) Ley 24 tit. 15 Part. 7.—(6) Dicha ley 24, al fin.

dios, y considerando que las haciendas de ganados vacunos, yeguas, y de otros mayores y menores, pueden hacer gran daño en los maizales de los índios, cuando estan muy cerca de sus pueblos, está mandado: que no se concedan haciendas ningunas en partes y lugares de donde puedan resultar daños: que las que haya de haber se sitúen léjos de los pueblos de los índios y sus sementeras: que las justicias hagan que los dueños del ganado pongan tantos pastores y guardas que basten a evitar el daño; y que en caso que suceda alguno, lo hagan satisfacer (7).

6—No bastando estas disposiciones por su generalidad, se estableció posteriormente [*]: que las haciendas de ganado mayor no se puedan situar dentro de legua y media de las reducciones antiguas, y las de ganado menor, media legua; y que en las reducciones que de nuevo se hagan, haya de ser el término dos veces tanto, pena de perder la hacienda y mitad del ganado que en ella hubiere. Finalmente, que todos los dueños de hacienda tengan el ganado con buena guarda, pena de pagar el daño que hicieren; y se concede á los índios que puedan matar el ganado que entrare en sus tierras, sin pena alguna (8).

7—Ultimamente, por lo que hace al tercer caso que se agrega á este título, aunque en rigor no pertenece á él, se concede accion al que recibió un

(7) Ley 12 tit. 12 lib. 4 Recop. de Indias.

[*] Digo posteriormente, porque la ley citada es del año de 1550, y esta de que se trata es del de 1618.

(8) Ley 20 tit. 3 lib. 6 Rec. de Indias. Véanse tambien las leyes 13 tít. 31 lib. 2, 52 tit. 3 lib. 3, 12 tit. 12 lib. 4, y 19 tit. 9 lib. 6 Recop. de Indias.

daño *estimable* de una bestia fiera mal guardada, contra el dueño que no tuvo el cuidado debido con su seguridad, para obligarlo á que pague el dos tanto del daño causado (9). Mas si el daño fuese *inestimable*, como si la fiera mordiese ó lastimase á un hombre libre, por la misma accion será obligado el señor de la bestia á pagar las espensas de la cura, y todos los daños y menoscabos que se le sigan; ya por la cesacion de obras, ya de otra manera, como si quedase impedido para siempre. Y si muriere, debera pagar doscientos maravedis de oro, la mitad para los herederos del muerto, y la otra mitad para la cámara del Rey (10) (tt).

(9) Ley 23 tit. 15 Part. 7.

(10) Dicha ley 23, al fin, y la 20 tit. 4 lib. 4 Fuero Real.

(tt) Ademas de las acciones ya esplicadas, hay otras, á saber. La accion *civil,* que es la que compete á uno para reclamar sus cosas y sus intereses pecuniarios: la accion *criminal*, que es la que se tiene para pedir el castigo de un criminal. Accion *directa* es la que dimana del espíritu y de las palabras de la ley: *útil*, la que solo procede de la mente de la ley y no de sus palabras, ó ni de aquella ni de éstas. Accion *solidaria* ó *in solidum,* es la que tiene cada uno de dos ó mas acreedores solidarios para exijir el pago total del crédito comun. De las acciones *estimatoria* ó *del cuanto menos*, *redhibitoria, hipotecaria* y *pignoraticia*, hemos hablado en sus respectivos lugares, y solo resta indicar que hay tambien acciones *ordinarias* ó *ejecutivas*, cuyo nombre toman segun el juicio que con ellas puede intentarse.

Título X.

DE LOS PROCURADORES.

SUMARIO.

Con motivo de que las acciones de que hemos tratado hasta aquí se intentan en juicio, ó por sí, ó por medio de procurador, se trata en este título de los procuradores.

2—*Procurador*, en el sentido que aquí se toma, es: *aquel que, por mandato del dueño, recibe en sí la administracion de algun pleito ó negocio judicial* (1) (uu). Se dice que aquí se toma en este sentido, porque tambien hay procuradores estrajudiciales, que son los que propiamente se llaman *mandatarios* (vv). Se dice tambien que el procurador ad-

(1) Ley 1 tit 5 Part. 3.

(uu) Procurador ó *personero* como lo llama la ley 1 tit. 5 Part. 3, *es aquel que recabda ó face algunos pleitos ó cosas agenas por mandado del dueño de ellas;* y aunque este nombre esplica con propiedad que aquel representa la persona de otro, sin embargo, en las leyes de la Recopilacion se le dá el nombre de *procurador*, de modo que el de personero suele aplicarse al que lo es del comun, llamado propiamente *síndico procurador*. Véanse las leyes del tit. 18 lib. 7 Nov. Recop. y las Ordenanzas municipales de 31 de diciembre de 1839 secc. 4.

(vv) Véase el tit. 27 pág. 228 del tomo III.

ministra un pleito ageno, por mandado de su dueño, porque si lo hace sin esta calidad, es decir, sin un mandato ó verdadero ó presunto, no será procurador sino *defensor*, el que solo se admite en favor del reo y no por el actor; y esto no de otra suerte que dando caucion *de rato*, y de pagar lo juzgado y sentenciado (2) (xx).

(2) Ley 10 tit. 5 Part. 3.

(xx) Los procuradores se constituyen tales en virtud del poder que se les confiere. Este *poder* es, *la facultad que por medio de un instrumento solemne da un individuo, á otro para que en su nombre haga lo que él haria por sí mismo en el negocio que le encarga.* Quien recibe tal poder ó facultad se llama *apoderado*, *personero*, *poder-habiente*, *procurador* ó *mandatario*; y el que lo dá, *poderdante* ó *mandante*. El poder ha de hacerse ante escribano público, y ha de contener los nombres del poderdante y del apoderado, los de los testigos, el lugar, dia y año de su otorgamiento, el objeto, fin, pleito ó negocio para que se confiere, las facultades que se conceden al apoderado, y la obligacion de tener por firme cuanto éste practicare dentro de los límites del poder: leyes 13 y 14 tit. 5 Part. 3. Antiguamente el poder para pleitos se hacia tambien *apud acta*, esto es, en los mismos autos, nombrando la parte á su apoderado delante del juez, quien lo hacia poner en el mismo preceso; pero ahora semejante modo de dar poder está prohibido por la ley 3 tit. 3 lib. 11 de la Nov. Recop., y solo se usa en los asuntos de pequeña cuantia, que se ventilan ante los alcaldes municipales. Cuando muchas personas tienen algun pleito ó negocio comun, pueden dar un solo poder nombrando uno ó muchos apoderados: leyes 18 tit. 5, 4 y 6 tit. 10 Part. 3, y 8 y 15 tit 10 lib. 1, y 6 tit. 1 lib. 2 Fuero Real. El poder puede ser *general* ó *especial*, y tambien *judicial* ó *estrajudicial*, como el mandato; y debe, ademas, para servirse de él en juicio, estar

3—De la definicion dada se infiere, quién puede constituir ó nombrar procurador, conviene a saber: el dueño del negocio que tiene la libre administracion de sus cosas. La razon que tenian los romanos para esto y que tambien se deduce de nuestro derecho (3) es, porque en el procurador se transfiere el dominio del pleito; y así es una especie de enagenacion, la que no puede hacer el que no tiene la libre administracion de sus cosas. De donde se deduce claramente, por qué los hijos de familia, los menores sin autoridad de su curador, y los siervos, no pueden constituir procurador sino en ciertos casos, en los que son reputados como dueños (4) (yy).

calificado de *bastante para el efecto á que se contrae*, por algun letrado, segun las leyes 3 tit. 31 lib. 5 y 3 tit. 3 lib. 11 de la Nov. Rec. y 21 tit. 24 lib. 2 de la Rec. de Indias. Véase el Acuerdo gubernativo de 29 de abril de 1854, en cuyo art. 1 se establece: «Que en los tribunales y juzgados no se admitan poderes que no esten *bastanteados* por el letrado que dirije el negocio, debiendo ingresar á los fondos del Colegio de Abogados un peso por el bastanteo.»

(3) Arg. de las leyes 2 y 3 tit. 5 Part. 3.

(4) Véanse las leyes 2, 3 y 4 tit. 5 Part. 3.

(yy) La primera condicion de un poder, es que sea dado por persona lejítima, y así no pueden conferirlo los inhábiles, faltos de juicio, los menores de veinticinco años sin otorgamiento de su guardador, de manera que si alguno de ellos nombra procurador por sí, solo valdría lo que éste hiciese en beneficio del menor; pero no lo que le perjudicára: ley 3 tit. 5 Part. 3. Los guardadores tampoco pueden, segun esta ley, nombrar procurador en los pleitos de sus menores, sino despues de haberlos comenzado por sí mismos por demanda y por respuesta. Ni tampoco la muger casada, sin licencia de su marido, sino es cuando tenga que usar

4—De la misma definicion venimos en conocimiento de quién puede ser procurador; esto es, cualquiera que sea capaz de encomendarse de la administracion de los negocios judiciales ó pleitos agenos (5). Por falta de esta calidad no pueden ser procuradores de otro en cosa alguna, el loco, des-

contra él de sus acciones civiles y criminales, como sobre restitucion de dote porque se la disipe, ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, sevicia ó escesiva dureza en el trato, alimentos ú otras semejantes, para las cuales no necesita licencia ni de su marido ni del juez: Tapia, Febrero nov. lib. 3 tit. 2 cap 1 n. 24 Ni el hijo que esté en la patria potestad, aunque sea mayor de veinticinco años, sino cuando litigue con un estraño por lo perteneciente al peculio castrense ó cuasi castrense, ó sobre cualquiera otro asunto, siempre que su padre se halle ausénte y él sea mayor de edad; pero tratando de litigar con el mismo padre, solo podrá hacerlo sin su licencia: 1º en todo lo perteneciente á dichos peculios: 2º si el padre le negase los alimentos ó malgastase su peculio adventicio: 3º si pretendiere salir de la potestad de su padre, por tratarle éste cruelmente: 4º cuando se mueve pleito sobre si uno es ó no hijo de cierta persona que se tiene por padre; y 5º cuando el hijo quiere casarse con determinada persona y el padre le niega injustamente su consentimiento: leyes 2 tit. 2 Part. 3, y 9 tit. 2 lib. 10 Nov. Rec.; pero en todos estos casos debe el hijo para litigar con su padre, obtener ántes la *venia* del juez, la cual se pide en la misma demanda, y viene á ser una mera fórmula. Tambien tienen que pedir esta vénia los descendientes, demandando á sus ascendientes, el liberto á su señor, el yerno al suegro, el súbdito al señor de quien es vasallo, el discípulo al maestro, el parroquiano al párroco, el ahijado al padrino de bautismo y el entenado á la madrastra: Tapia, lug. cit. n. 13 y sig.

(5) Ley 5 del mismo tit. 5 Part. 3.

memoriado, mudo y sordo del todo; ni el acusado de delito grave, mientras dura la acusacion; la muger, si no es por sus ascendientes y descendientes no habiendo quien los defienda, y estando ellos imposibilitados, y tambien por librar á sus parientes de servidumbre ó de sentencia de muerte; los religiosos, si no es en pleito de su orden; los clérigos de órden sagrada, si no es en los de sus iglesias, rey ó prelado; los siervos, si no es en pleito del rey; los caballeros ó soldados, estando en actual servicio; y los menores de veinticinco años (6) (zz).

(6) Leyes 5, 6, 7, 8 y 9 tit. 5 Part. 3, y Cédula de 25 de noviembre de 1764.

(zz) Ninguno puede tomarse por sí el oficio de procurador de otro sin poder de éste. Esceptúanse no obstante, ciertas personas que sin presentar poder, son admitidas á nombre de otros en los juicios: tales son el marido por la muger, el pariente por su pariente, hasta el cuarto grado. el suegro, yerno ó cuñado, el aparcero ó condueño de una misma heredad ú otra cosa, los cuales antes de entrar en juicio deben asegurar con fiadores ó prendas, que aquel por quien demandan habrá por firme lo alegado, hecho y juzgado en el pleito; aunque si esta caucion se les exige despues de comenzado el pleito. no tendrán obigacion de darla: leyes 10 tít. 5 P. 3; y 5 y 14 tit. 10 lib. 1 Fuero Real, y 10 del Estilo. Todo esto debe entenderse para demandar como actor, pues para tomar la defensa del reo no se requiere ni ser pariente, ni tener poder; pero sí dar caucion de que el reo lo dará por bien hecho y pagará lo juzgado; y esta caucion se exije tambien por la ley 21 tit. 5 Part. 3, al procurador, ó defensor del reo, aunque tenga poder. Si este es dudoso y la parte contraria lo resiste, tampoco debe ser admitido el procurador sin fianzas ó prendas; mas si en el mismo poder se obliga el poderdante á cumplir lo que fuere juzgado y sentenciado, no se deben exigir: leyes 21 citada, y 6

5—Se acaba el oficio de procurador por muerte del que le dio el poder, si acaece ésta antes de la contestacion de la demanda, pues si acaeciere despues no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta su conclusion, aunque los herederos no ratifiquen espresamente el poder, como no nombren otro procurador (7). Del mismo modo, si el procurador fallece antes de comenzar el pleito, espira su oficio; pero si ya lo hubiere comenzado, pueden y deben sus herederos continuar en él, siendo idóneos, lo que no se practica [*].

6—Tambien se acaba el oficio de procurador por la sentencia definitiva, siendo favorable; pero si fuere adversa, puede apelar de ella, aunque esta facultad no esté espresa en el poder; pero no puede continuar la apelacion sin nuevo consentimiento ó mandato del dueño ó mandante (8). Asimismo se acaba por renuncia voluntaria que haga de su oficio el procurador, la que despues de contestado el

tit. 7, 2 y 14 tit. 10 lib. 1 Fuero Real.

(7) Ley 23 tit. 5 Part. 3.

[*] Estas disposiciones se fundan en aquel principio del derecho de los romanos, adoptado por las leyes de Partida, de que el procurador, por la contestacion de la demanda, se hace señor del pleito con verdadero dominio en él: por lo cual, como las cosas en que se tiene dominio pasan á los herederos, era consiguiente que la facultad de continuar pasase. Por esta razon solo se estinguia el poder de los modos con que se estinguia el dominio; mas si esta regla ó principio tuviera lugar en el dia, no se podria revocar el poder en cualquier estado del pleito, como se hace en la práctica, pues el dominio una vez adquirido no se pierde por revocacion. Véase la glosa 6 de la ley 23 tit 5 Part. 3.

(8) Ley 23, v. *Aun decimos*, en el medio, tit. 5 P. 3.

pleito debe ser con justa causa (9), como tambien la revocacion hecha por el mandante. Pero como la manifestacion de las causas que pueden motivar la revocacion tiene inconvenientes, se ha tenido por mas equitativo en la práctica, no seguir lo dispuesto en derecho, y que en cualquier tiempo que lo juzgue oportuno á sus intereses el mandante, haga la revocacion del poder, no solo no alegando causas ni prometiendo probarlas, sino espresando: *que deja al procurador, ó apoderado en su buena opinion y fama, y que le revoca el poder sin ánimo de injuriarle* (10). Pero ántes de la contestacion del pleito lo puede quitar sin causa alguna (ab).

7—Aunque las leyes permiten generalmente á todos los que no estan prohibidos el que puedan comparecer en juicio por sí mismos; con todo, el órden y arreglo que se debe observar en los tribunales superiores ha hecho, que en todas las Audiencias y Chancillerías haya cierto número de procuradores examinados (11), para que los negocios se manejen por personas inteligentes y fieles, sin que ninguna persona pueda presentar peticion, si no fuere por medio de uno de los procuradores del número (12).

(9) Leyes 23 y 24 del mismo tit. 5 Part. 3, y 10 tít. 10 lib. 1 Fuero Real.

(10) Ley 24 tit. 5 Part. 3, y Febr. *Librer. de Escr.* cap. 11 § 1 núm. 22, en donde asegura que así se observa judicial y estrajudicialmente.

(ab) Vèase el n. 7 tit. 27 tomo III pag. 234 de esta obra, y el cap. 14 lib. 2 tit. 4 del Febrero novisimo por Tapia.

(11) Ley 1 tit. 28 lib. 2 Recop. de Indias.

(12) Leyes 1 tit. 21 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 25 lib. 5 Nov. Rec., y 2 tit. 28 lib. 2 de la de Indias.

8—Estos, para poder ejercer el tal oficio, han de ser ántes examinados y aprobados por el presidente y oidores de la Audiencia, quienes si hallaren que son hábiles, les deben conferir facultad por ante escribano para ejercer el oficio, haciendo préviamente juramento de usarlo bien y fielmente (13). No pueden presentar peticion en la Audiencia sin traer poder de las partes y presentarle firmado por bastante por algun abogado (14).

9—Les esta prohibido hacer los escritos por sí mismos, debiendo para el efecto valerse de abogado examinado en la misma Audiencia; y solo se les permite presentar peticiones pequeñas para acusar rebeldías ó pedir prorogaciones de términos y otros semejantes (15).

10—Deben ser multados cuando dijeren en la Audiencia cosas falsas, y cuando hablaren sin licencia; y privados de sus oficios si recibieren dadivas o presentes de las partes porque dilaten las causas en que procuran (16).

11—Otras muchas disposiciones acerca de los procuradores pueden verse en los títulos 24 lib. 2 de la Recopilacion de Castilla, y autos acordados; y 28 lib. 2 de la de Indias, que omitimos consultando á la brevedad (ac).

(13) Leyes 1 ya citada y 4 tit. 28 lib. 2 Rec. de Ind.

(14) Leyes 2 de dicho tit. y 13 tit. 28 lib. 2 Recop. de Indias. Véase la nota (xx) pág. 96 de este tit.

(15) Ley 8 tit. 24 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 9 tit 31 lib. 5 Nov Rec., y 10 y 11 tit. 28 lib. 2 Rec. de Ind.

(16) Leyes 5. 6, y 8 tit. 28 lib, 2 Recop. de Indias.

(ac) Antiguamente, en los lugares donde residian las Audiencias, habia número determinado de procuradores, cuyas plazas, que se llamaban *bancos*, eran vendibles y renunciables, y nadie podia comparecer en

juicio ante estos tribunales, sino por medio de alguno de los procuradores del número. Entónces como hoy, les estába prohibido dar peticiones ante escribano que sea padre, hermano, hijo ó yerno suyo, el cual debe pasar la causa á otro escribano que no tenga tal parentesco: ley 11 tit. 31 lib. 5 Nov. Recop. No pueden convenirse directa ni indirectamente con los abogados sobre recibir de éstos parte alguna del honorario que debiera corresponderles, bajo la pena de suspension de oficio por un año y de volver lo que hubieren llevado por tales conciertos, lo cual se aplicará por iguales partes al fisco, juez y denunciador: ley 27 tit. 22 lib. 5 Nov. No deben hacer partido de seguir y fenecer los pleitos á costa suya por cierta suma, bajo la pena de cincuenta mil maravedís: ley 22 tit. 22 allí. No deben concertarse con los receptores ni con las partes para alargar ó abreviar las conclusiones, ni recibir por ello alguna cosa, aunque sea de comer: ley 7 tit. 31 lib. 5 cit. Ni hacer concierto con el sugeto á quien defienden de que les ha de dar parte en el pleito si se gana, pena de incurrir en infamia: Gregorio Lopez glosa 8 á la ley 14 tit. 6 Part. 3. Véanse las leyes 5, 6, 8 y 9 tit. 28 lib. 2 Rec. de Indias y las del tit. 31 lib. 5 de la Nov. Recop.

Título XI.

DE LAS CAUCIONES JUDICIALES.

SUMARIO.

Como el actor ó su procurador y el reo, estan obligados en muchos casos á prestarse alguna seguridad, así por lo que hace á su persona, como á las resultas del pleito; parece regular que despues de haber tratado en el título antecedente de los procuradores, se trate en este de las cauciones ó seguridades que deben dar en juicio, tanto el actor como el reo (ad).

2—*Caucion* en este sentido, no es otra cosa que: *un acto por el cual el reo asegura al actor, ó éste al reo* (ae). De aquí mismo se deduce la razon por qué se exije esta seguridad. Importa á la república que

(ad) *Actor ó demandante* es, el que promueve el pleito, demandando alguna cosa ó derecho: *reo ó demandado*, el que es llevado á juicio á contestar la demanda. En las causas criminales se llama *acusador* el que pide, y *reo ó acusado* aquel contra quien se dirije la acusacion.

(ae) O lo que es lo mismo: *la seguridad que una parte presta á su contraria.* Véanse sobre *fianzas* los títulos 24 del tomo I, y 21 del tomo III.

los juicios no sean ilusorios, y que los ciudadanos no se vejen mútuamente con pleitos injustos. Debe, pues, el actor estar seguro de que el reo no hará fuga, ó de que pagara lo juzgado y sentenciado; y éste de que el actor continuará el pleito, y lo indemnizará de los perjuicios que le haya causado cuando lo intenta sin tener de su parte la justicia.

3—Todas las cauciones de que se puede usar conforme á derecho, se reducen á cuatro especies. La 1ª es, la *fideiusoria*, que consiste en dar fiadores idóneos y abonados; es decir, que tengan con qué pagar, y puedan ser facilmente reconvenidos. La 2ª es, la *pignoraticia* que se presta dando prendas de un valor que esceda ó iguale al de las deudas. La 3ª es, la *juratoria*, por la cual, interpuesta la religion del juramento, se asegura el cumplimiento de lo pactado. La 4ª es, la *mere promisoria*, y consiste en una simple promesa de cumplir su palabra.

4—Hemos dicho que asi el reo como el actor están obligados muchas veces á dar caucion. Veremos, pues, separadamente, cuales dá el reo y cuales el actor. La primera que se puede exigir del reo es, la fianza *de la haz*, y se le da este nombre porque se constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa, ó ante otro, en virtud de órden del juez (af). Puede tener lugar tanto en las causas civiles como en las criminales. En las civiles lo tiene, cuando se manda á algun deudor poco abonado que arraigue el juicio, y que en su defecto se le pondrá preso. Esta caucion sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio, ni el colitigante perjudicado. En las criminales se da, cuando no se puede imponer al reo otra pena que pecuniaria por ser leve el de-

(af) Tapia, Febr. novis. lib. 2 tit. 4 cap. 18 n. 7.

lito. Puede otorgarse de dos maneras, y son: *de presentarse en juicio y de pagar lo juzgado y sentenciado* (ag). Por la primera se obliga el fiador solamente á que el reo asistirá al juicio y no hará fuga; y asi, solo se estiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia. Durante ella debe traer el reo à juicio siempre que se le mande, ó comparecer él en su nombre y defenderle. Por la segunda se obliga á las resultas del juicio, esto es, á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias. No son, pues, otra cosa estas dos especies de fianza, que asegurar el fiador que el reo se presentará en juicio, estará á derecho en la causa y pagará lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará él enteramente (1). Pero si el demandado en juicio no halla quien le fie, bastará que preste juramento de estar á derecho hasta la conclusion del negocio. Esta promesa, que es la que se llama *caucion juratoria*, y esplicamos arriba, obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se dá por falta de fiador, cuando el reo por ser pobre no lo encuentra ni tiene prendas para la seguridad de la deuda, ó cuando la cosa porque se dà la caucion es de corta entidad (2).

(ag) Estas cauciones se llamaban entre los romanos *de judicio sisti*, y *judicatum solvi*. La pena del fiador que no cumple su obligacion de traer al reo ó demandado á estar á derecho, debe ser pecuniaria y no corporal, aunque la merezca el fiado: ley 10 tit. 29 P. 7.

(1) Leyes 17 y 18 tit. 12 Part. 5, y 9 tit. 18 lib. 3 Fuero Real.

(2) Ley 41 tit. 2 Part. 3. Vease á Vilanova, *Materia crim. for.* obser. 9 cap. 4 n. 18, y á Parlod. *diff.* 61.

5—Otra fianza de las que dá el reo es, la que se llama *carcelera ó de cárcel segura*. Esta se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, y se le admite cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal, sino pecunaria por el delito que cometió, y por eso se le suelta de la prision (3). Este fiador se llama *carcelero comentariense*, porque toma á su cargo la custodia del reo, por cuyo encargo, y promesa que hace de volverlo a la cárcel, se le pone en libertad, obligandose á presentarlo en ella en el término legal, ó en el que prefina el juez ó siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal carcelero se le imponga, ú otra à que se obligue.

6—Mas aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado y no lo cumpla, no por eso incurre al punto en la pena; ántes bien debe el juez concederle seis meses de término, si el primero fué igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año: si dentro de él no lo presenta incurre en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderlo en juicio (4). Esta pena ha de ser meramente pecuniaria, porque ninguno puede obligarse á pena corporal por delito que no cometió (5); por cuya razon á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella (6). Si el reo fallece ántes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; pero si sucediere su muerte despues de cumplido, incurre en ella y se le puede exigir. Si se obliga solamente á presentarlo á dia

(3) Leyes 24 tit. 18 Part. 3, y 16 tit. 1 Part. 7.
(4) Leyes 17 y 18 tit. 12 Part 5.
(5) Ley 10 tit. 29 Part. 7.—(6) Dicha ley 10.

cierto sin imponerse pena, puede el juez condenarle si no cumple, en alguna arbitraria; y si procediese la no presentacion de dolo ó malicia suya, imponérsela mayor (7). Mas en ninguno de los casos espresados debe ser reconvenido el fiador por la pena, pasado el año siguiente al dia en que el plazo se cumplio, si dentro de él no se le demandó (8).

7—La fianza *de saneamiento* es, la que da el reo ejecutado no exento, aunque tenga bienes competentes al pago de la deuda, para evitar que se le ponga preso (9). Se llama asi, porque el fiador esta obligado a *sanear* los bienes secuestrados al deudor, y en su defecto à pagar de los suyos el importe de la deuda. Esta fianza ha de constar de tres particulares. El primero, que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado. El segundo, que serán equivalentes al tiempo del remate, no solo para la solucion de la deuda, sino de las costas que se causen en su cobro. Y el tercero, que se obligue a satisfacerlo todo si se verificase no ser suyos, o el resto, deducido el importe que produzcan los que haya; para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Con esta fianza, si es el ejecutado de los que pueden ser presos por deuda, se eximirá de serlo, á ménos que pertenezca al Rey, pues entonces aunque sea hidalgo y afiance de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la Real Hacien da se reintegre efectivamente de todo su cré-

(7) Ley 19 tit. 12 Part. 5.

(8) Ley 10 tit. 16 lib. 5 Rec. Ley 1 tit. 11 lib. 10 Nov. Recop.

(9) Ley 19 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 12 tit. 28 lib. 11 Nov. Rec.

dito (10) (ah).

8—Entre las cauciones que se pueden exigir del actor, la primera es, la de *rato*. Esta debe dar todo aquel que comparece en juicio en nombre de otro sin poder, ó sin el bastante, ó como conjunto: v.g., el marido por su mujer, el pariente por sus parientes hasta el cuarto grado, los herederos que poseen bienes *pro indiviso* y los sócios que tienen compañía. El actor en estos casos debe dar fianza segura bajo de pena, de que aquel por quien acciona habrá por firme lo que se practicare é hicire en el pleito; y que si no quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al colitigante la pena prometida, y la que se les imponga. Pero el reo debe pedir la fianza ántes de la contestacion, porque despues no estàn obligados á darla aunque se les pida (11).

(10) Leyes 4 y 14 tit. 2 lib. 6 Recop. de Cast. Leyes 2 y 15 tit. 2 lib. 6 Nov. Recop.

(ah) Tambien corresponde dar al reo la caucion *de seguridad de la vida*, llamada entre los romanos *de non offendendo*, por la cual se obliga el fiador, ó el mismo reo bajo de juramento, á no ofender al sujeto á cuyo favor se otorga, haciéndose responsable de los males que le sobrevengan por consecuencia de las amenazas que dieron lugar á la fianza. Se puede exijir por el injuriado siempre que la injuria envuelva amenaza ó intento de matarle, herirle ó dañarle, justificando aunque sea sumariamente, que el recelo es fundado; y se debe decretar de oficio, aun cuando los interesados no la pidan, siempre que se verse la utilidad pública; pudiendo obligar al que deba prestarla, si lo resiste voluntariamente, hasta con apremio de la prision; pero no si su resistencia nace de no tener quien le fie, pues entónces se suplirá con la caucion *juratoria*. VILAN. *Obs.* 9 cap. 4 n. 132 y *obs.* 11 c. 9 n. 17 y 18.

(11) Ley 10 tit. 3 Part. 3. Véase el n. 2 y nota (ut)

9—La fianza llamada *de la ley de Toledo*, que es la 2 tít. 21 lib. 4 de la Recopilacion de Castilla (ai), tiene lugar en el juicio ejecutivo. Se dá por el actor en el caso de que el reo ofrezca probar con testigos la paga ó lejítima escepcion, fuera del término perentorio de diez dias que le concede el derecho, sin cuyo requisito no percibirá el importe de la condenacion. Tambien se da en el caso de que el reo ejecutado apele al tribunal superior, con cuya fianza se admite la apelacion, en cuanto al *efecto devolutivo*, pero no en cuanto al *suspensivo*; y el reo queda asegurado de que siempre que por el superior se revoque la sentencia de remate, volverá y restituira el ejecutante la cantidad que hubiere percibido por dicha sentencia (12).

10—La *de la ley de Madrid*, que es la 4 tit. 21 lib. 4 de la Recop. de Castilla , se dá tambien en la via ejecutiva que se entabla en virtud de sentencia arbitraria proferida en compromisos y transacciones (aj). En este caso la parte que pide la ejecucion

pág. 229 tomo III.

(ai) Es la seguridad que en el juicio ejecutivo tiene que prestar el acreedor á quien se hace pago de la deuda con el producto de los bienes ejecutados, obligándose y dando fiador que se obligue á la restitucion de lo cobrado *con el doble por pena en nombre de interes*, en caso que se revoque la sentencia. Llámase *fianza de la ley de Toledo*, por haber sido establecida por los reyes católicos D. Fernando y Doña Isabel en Toledo, el año de 1480.

(12) Leyes 3 y 19 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 2 y 12 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

(aj) Llámase *fianza de la ley de Madrid*, por haber sido establecida por los mismos reyes católicos en las Ordenanzas de Madrid de 1502. Se advierte que

de la sentencia debe dar fianza llana y abonada ante el juez á quien se pidiere la ejecucion de la sentencia, de volver y restituir lo que hubiere de recibir por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun fuere condenado el reo, en el caso de que se revoque. Esto mismo tiene lugar en las transacciones hechas entre partes por ante escribano público (13).

11—Ultimamente: la fianza llamada *depositaria ó de acreedor de mejor derecho*, es la que un acreedor á un concurso ú otro juicio universal dá, cuando ántes ó despues de la sentencia de graduacion ha de cobrar su crédito, de que si pareciere otro de mejor derecho devolverá lo que haya recibido, ó la parte que de ello se mandase, despues de ser vencido en juicio (14) (ak).

la calificacion de si son ó no bastantes las fianzas, se hará por los jueces que deban ejecutar las sentencias, no debiendo, segun la ley 4 tit. 17 lib. 11 de la Nov. Rec., admitirse de ella apelacion ni súplica. Véase la nota (av) pág. 100 tomo III.

(13) Ley 4 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 22 lib. 11 Nov. Recop.

(14) Ley 12 tit. 16 lib. 5 Recop. de Cast. Ley 10 tit. 32 lib. 11 Nov. Recop. Tapia, tomo 2 lib. 2 tit. 4 cap. 18 n. 15.

(ak) Hay, ademas de las espresadas, otras fianzas de que darémos aquí una lijera idea. La primera es la que se llama *de calumnia*, y es la que se exije del acusador con el fin de que si procede con malicia y no justifica el delito que imputa al acusado, no quede impune, ni el acusado sin indemnizacion, ni el juicio sea ilusorio. Por ella asegura el acusador que su acusacion no es culumniosa, y el fiador afianza que la accion é intencion del actor quedarán probadas: que no es impulsado por odio, venganza, enemistad, inte-

res, ó por vejar al acusado; y se obliga en caso contrario, á pagar las penas de la falsa querella, costas, daños y perjuicios y demas impuestas por derecho. Algunas veces se obliga solamente al acusador á todas estas resultas, bajo la cantidad que el juez le asigna y manda depositar: ley 8 tit 33 lib. 12 Nov.; Vilanova, *Materia crim.* obs. 6 cap. 1 n. 89 y 90. Véase la ley 38 tit. 18 lib. 2 Rec. de Indias, que manda que los fiscales no den fianza de calumnia.—La segunda, es la que se llama *de arraigo*, y es la seguridad que dá el demandado de responder á las resultas del juicio, despues de celebrado el contrato principal, siempre que éste intentase mudar de domicilio, ó disipase sus bienes, y mediante la cual evita el deudor que se le ponga preso: leyes 1 y 2 tit. 18 lib. 3 Fuero Real. Mas para obligarle á darla en justicia; debe el acreedor hacer constar previamente la deuda por escritura auténtica, por informacion de testigos ó por confesion del mismo deudor: ley 66 de Toro, ò ley 5 tit. 11 lib. 10 Nov. Rec. Véase á Tapia, lib. 2 tit. 4 cap. 18 n. 17 — Otra fianza hay y se llama *de indemnidad ó de sacar á paz y á salvo,* y es la obligacion que uno contrae de pagar al acreedor lo que éste no pueda cobrar ó conseguir del deudor. Esta caucion se difierencia de la fianza simple: 1° en que en ésta se obliga el fiador á lo mismo á que está obligado el deudor principal, y en la de indemnidad no se obliga sino á lo que no pueda conseguirse del dicho deudor: 2° en la de indemnidad no está obligado el acreedor á demandar indispensablemente al deudor principal ántes que al fiador, á no ser que éste le oponga el beneficio de excusion; y en la simple se requiere la excusion previa de los bienes del deudor, como una condicion necesaria para poder reconvenir al fiador: Antonio Gomez, lib. 2 *Var.* cap. 13 n. 3.

TITULO XII.

DE LAS ACCIONES PERPETUAS Y TEMPORALES Y DE LAS QUE PASAN A LOS HEREDEROS Y CONTRA ELLOS.

SUMARIO.

Restan finalmente, la octava y nona division de las acciones: conviene á saber, que unas son *perpétuas* y otras *temporales*: unas se conceden á los herederos y contra los herederos; y otras, ni se dan á los herederos ni contra ellos.

2—Aunque antiguamente se llamaron *perpetuas* las acciones que nunca se acababan, despues consultando a que los pleitos no fuesen interminables, se dicen *acciones perpetuas*, aquellas que duran un tiempo muy largo, como viente ó treinta años; y *temporales* las que se acaban dentro de un breve espacio; v. g., un año, dos, tres ó cuatro. El que tengan término las acciones no solo es útil, sino tambien conforme á los principios de derecho. Segun estos, las acciones se enumeran entre las cosas incorporales, las que se cuentan en nuestros bienes y aumentan nuestro patrimonio. Mas como todo lo

que es de esta naturaleza está sujeto á perderse por prescripcion, por militar en unas y otras cosas las razones en que se funda este derecho: de ahí nace que las acciones, como cualquiera otra cosa, se pierden por tiempo: y todas si se hubiera de hablar con rigor, se deberian llamar *temporales* (al).

3—Para proceder con la posible claridad en esta materia, que es practica y de importancia, estableceremos varias reglas para conocer cuanto duran las acciones.

4—Regla 1.ª *Las acciones puramente reales duran tanto, cuanto permanece el derecho en la cosa de donde dimanan.* Es decir, que si se ha de intentar una accion real para vindicar una cosa *mueble*, debe hacerse dentro de tres años: si *raiz*, dentro de diez entre presentes, y veinte entre ausentes. Si se dejaron cumplir estos términos, la cosa se prescribió, y se estinguió la accion para repetirla (1). Esto se entiende poseyendo con buena fé, pues si con mala, durará la accion treinta años, y aunque pasados éstos se estingue, sin embargo, no adquiere el dominio el poseedor (2).

5—Regla 2.ª *Las acciones puramente personales duran veinte años, ya se considere sola la accion personal, ya con ejecutoria dada en virtud de ella* (3). Es decir, que toda accion personal *ordinaria* [*] dura veinte años, contados desde el dia en

(al) Véase el título 6 pag. 79 del tomo II que trata de la *usucapion.*

(1) Leyes 9, 17 y 18 tit. 29 Part. 3.

(2) Ley 21 tit. 29 Part. 3.

(3) Ley 6 tit. 15 lib. 4 Recop. de Cast. Ley 5 tit. 8 lib. 11 Nov. Recop.

[*] Llamamos accion *personal ordinaria* la que se debe intentar en juicio ordinario, por no estar fun-

que se consiguió ejecutoriar [*]. Mas como de la sentencia *ejecutoriada*, ó *pasada en autoridad de cosa juzgada* [**] nace otra accion personal para pedir ejecutivamente, que es lo que llamamos *derecho de ejecutar*, el cual segun la regla que daremos despues, dura diez años; se sigue que el acreedor que obtuvo ejecutoria, dentro de los diez pri-

dada en alguno de aquellos documentos que traen aparejada ejecucion.

[*] *Ejecutoriar* no es otra cosa, que conseguir que en el juicio ordinario seguido por todos sus trámites, y aun despues de segunda instancia, se declare corresponder el derecho que se ha litigado, sacando para cumplimiento de la sentencia el despacho ó carta llamada *ejecutoria*, la que es un instrumento legal en que consta lo determinado en juicio por dos ó tres sentencias conformes, segun el estilo y práctica de los tribunales reales ó eclesiásticos.

[**] No es lo mismo *ejecutoriar*, que declarar una sentencia por *pasada en autoridad de cosa juzgada*. Lo primero ya hemos esplicado qué es: lo segundo se verifica cuando dada sentencia definitiva no se apela de ella por ninguna de las partes; en cuyo caso, pasados los cinco dias de término que concede el derecho para interponer apelacion de cualquiera sentencia (segun la ley 1 tit. 18 lib. 4 Rec. de Cast, que es la 1 tit. 20 lib 11 Nov. Rec, que deroga á la 22 tit. 23 Part. 3 que concedia diez dias), la parte en cuyo favor fuere pronunciada, presenta pedimento para que se declare por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo relacion del dia en que se pronunció, y del de sus notificaciones; á cuya continuacion se dá traslado al reo, y con lo que diga ó no, se provée auto por el juez, en que declara la sentencia por consentida, no apelada y pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando que se lleve á debido efecto, por lo cual se dice que tiene aparejada ejecucion.

meros años puede pedir ejecutivamente, y dentro de los diez restantes solo ordinariamente, por haber perdido el derecho ejecutivo que ántes tenia; de suerte, que si dentro de los veinte años no usa de su derecho en la forma espresada, no puede intentar despues accion alguna contra su deudor por haber espirado ambas con el curso del tiempo y presumirse pagada ó remitida la deuda [*].

(*) No hay duda que esta prescripcion ó pérdida de las acciones por el curso del tiempo se funda principalmente en presuncion de paga, no siendo regular que de otra suerte el acreedor se estuviese tanto tiempo, sin usar de su derecho, y si se le oyese, sucederia muy facilmente, que muchos deudores que ya habian pagado se verian en precision de volver á pagar, por no poder acreditar la paga hecha. Así lo dice la ley 3 tít 13 lib. 3 del Ordenamiento Real, que aunque algunos la tienen por derogada, por la ley 63 de Toro que es la 6 tít. 15 lib. 4 de la Recopilacion, y otros la concilian valiéndose de la 4 del mismo título; con todo, dá luz en esta materia, y prueba lo que hemos dicho. Por cuyo motivo insertaremos aqui literalmente las dos, porque no son muy comunes los ejemplares de este código de nuestro derecho antiguo. Dice, pues, así la ley 3. «Suele acae-
» cer que seyendo las deudas pagadas á quien eran de-
« bidas, que ellos ó sus herederos las demandan despues
« de luengo tiempo á los deudores ó á sus herederos,
« y porque no pueden probar la paga por muerte de
« los testigos ó por ser perdida la carta de pago, han
« de pagar lo que no deben. Por ende ordenamos, que
« aquel que alguna accion ó demanda tiene contra otro,
« con carta ó sin carta, y desque el plazo llegare no le
« demandare en juicio ó no ficiere emplazar la parte
« sobre ello, ó no fuere fecha entrega y ejecucion por
« ello fasta diez años, que dende en adelante pierda la
« demanda y no sea oydo sobre ello.«—Y la ley 4 desde el rubro se esplica en estos términos.—«*Que la ley*

6—Regla 3.ª *Las acciones mistas de reales y personales, v. g., cuando en la obligacion hay hipoteca, de suerte que no solo está obligada la persona sino tambien sus bienes, dura treinta años* (4).

7—Esta regla es clara atendidas las doctrinas dadas en la antecedente.

8—Regla 4.ª *La accion de pedir ejecutivamente la deuda por obligacion personal, que es lo que se llama derecho de ejecutar, dura solamente diez años* (5) (am).

« *ante de esta se entienda que no se pueda facer entre-* « *ga por tal deuda si el deudor no fuere demanda-* « *do.*»—«Mandamos que prescripto el contrato por « transcurso de tiempo de diez años, segun que en la « ley ante de esta se contiene, ninguna entrega ni eje- « cucion se pueda facer del tal debdo, fasta que el deu- « dor sea emplazado y oydo.» El tenor de estas leyes demuestra que se fundan en presuncion; y como esta debe siempre ceder á la verdad, se sigue que usando el acreedor del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca bajo de juramento el vale ú obligacion, sino que tambien declare si debe su importe: de este modo hace que reviva la accion muerta por el discurso del tiempo —El Dr. Diego Perez glosador de estas leyes, dice así en estas palabras. *Prescripto el contrato* Intellige quod ad executionem quantum veró ad actionem personalem præscribendam, sunt necessarii alii decem anni et sic actio personalis jure regio vicennio jus autem exequendi decennio præscribitur; et est optimus intellectus nedicamus uno momento hanc corrigere superiorem.

(4) Ley 6 tit. 15 lib. 4 Rec. Ley 5 tit. 8 lib. 11 N. R.

(5) Dicha ley 6.

(am) Para comprender mejor la doctrina del autor, transcribiremos aqui las palabras de la ley 63 de Toro

9—Acerca del punto en que comienzan á correr estos diez años, aunque opinan los autores con diversidad, parece lo mas probable que se entienda de este modo (an). Si se pide en virtud de escritura con clausula guarentigia, no hay duda que comienzan à correr los diez años desde el dia en que se cumplio el plazo, y si no lo contiene ó es obligacion pu-

que es la 5 tít. 8 lib. 11 de la Novis. *El derecho de ejecutar por obligacion personal*, dice, *se prescriba por diez años, y la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mista, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos.* Téngase presente que no hablando esta ley ni ninguna otra de la Recopilacion, de la prescripcion de las acciones *meramente reales*, queda en su fuerza y vigor la de treinta años, establecida por la ley 21 tit. 29 Part. 3.

(an) Es punto ya fuera de toda duda que el *derecho de ejecutar ó de pedir ejecutiramente* solo dura diez años, que empiezan á correr desde que nace la accion ejecutiva y no antes, porque no ha existido. Y asi, en la *sentencia*, corren desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: en la *ejecutoria*, desde el en que se dió: en el *instrumento público*, desde el de su otorgamiento si la obligacion es pura ó simple, y desde el dia del cumplimiento de la condicion ò del plazo, cuando la obligacion es condicional ó á dia cierto: en los instrumentos *de censo, pension ó legado anual,* desde la última paga ó desde la celebracion del contrato, si ninguna ha habido todavia; y en los *vales, quirógrafos ú otros papeles* simples, desde el dia de su reconocimiento, si lo han sido dentro del término de la accion principal ú ordinaria, hasta que ésta espire; en cuyo caso, hallándose ambas estinguidas, ninguna puede ejercitarse: Sigüenza, *Cláusulas instrumentales*, lib 1 cap. 35 n. 4.

ra ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples, desde su reconocimiento, hecho en la forma que pide la ley (6) para que traigan aparejada ejecucion [*]. Y siendo sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó ejecutoriada, ántes que se cumplan los diez años siguientes al dia en que se ejecutorió; y pasados se perdió el derecho de ejecutar, y solo queda al acreedor la accion ordinaria, la cual segun hemos dicho antes, le dura otros diez años [**].

10—Sirven de escepcion á estas reglas, várias acciones *personales* que solo duran tres años, y pasados se presume pagada la deuda, no habiéndose interrumpido la prescripcion por cobro ó contestacion de pleito. Tales son: 1ª la que tienen los abogados y procuradores para pedir sus honorarios (7): 2ª la que compete á los boticarios, joyeros y

(6) Ley 5 tit. 21 lib. 4 Recop. de Cast. Ley 4 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

[*] Véase al señor Vela en la *Disertacion* 26, quien prueba latamente esta opinion, despues de proponer los fundamentos de los que quieren se cuenten desde el dia del otorgamiento, y la confirma con la práctica de la Audiencia de Sevilla, de donde fué oidor, en la que dice que muchas veces se confirmaron ejecutorias de jueces inferiores, que contenian sentencias dadas contra deudores reconvenidos por papeles simples, judicialmente reconocidos despues de diez años.

[**] Sobre esta materia puede tambien verse á Gomez en la ley 63 de Toro, y á Febrero, no solo en la Libreria de escribanos, cap. 4 § 4 á los números 72, 73, 74 y 75, sino tambien en el libro 3 de los *cinco juicios* cap. 2, en donde trata difusamente, de qué modo se interrumpe la prescripcion cuando el deudor ha hecho algun pago dentro de los diez años.

(7) Ley 32 tit. 16 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 9 tit. 11 lib. 10 Nov. Recop.

otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, para cobrar lo que hubieren dado de sus tiendas, ó las hechuras de los muebles o cosas que hubieren hecho (8): 3ª la que tienen los criados para cobrar sus servicios ó salario; debiéndose contar los tres años en éstos, desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el dia en que se contrajo la deuda (9).

11—Se acaban tambien en breve tiempo las acciones que rescinden algun acto, como son las restituciones *in integrum* que duran cuatro años (10): escepto la que se concede á las iglesias, fisco y ciudades cuando la lesion es enorme que dura treinta años (11). Ménos duran las acciones *redhibitoria* y *quanto minoris*; pues la primera se da para rescindir la venta dentro de seis meses, y la segunda para minorar el precio dentro de un año, contado uno y otro término desde el dia de la venta (12).

12—Las reglas dadas tienen lugar en las acciones personales que nacen de contratos; mas en las que nacen de delitos se señalan distintos tiempos para intentarlas.

13—Regla 1.ª *Las acusaciones criminales, ó la accion que tiene cualquiera del pueblo para acusar en los delitos públicos, dura veinte años* (13). De esta regla se esceptúan varios casos. 1º Cuando

(8) Ley 9 tit. 15 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 10 tit. 11 lib. 10 Nov. Recop

(9) Dicha ley 9 del mismo título 15.

(10) Leyes 2, 3 y 5 tit. 19 Part. 6.

(11) Ley 10 de dicho título 19.

(12) Ley 65 tit. 5 Part. 5.

(13) Ley 5 tit. 7 Part. 7; y Paz, 5ª parte, tomo 1 cap. 1 n. 8, que así lo asienta, y se funda en esta ley.

el crímen se continúa; y asi, mal podria un ladron público oponer la prescripcion de veinte años, habiéndolos pasado todos ellos en hurtar. 2º Los delitos contra la castidad, cuya accion para acusarlos solo dura cinco años, y aun en algunos casos ménos (14). Escepto el adulterio, que siendo cometido por fuerza, dura su acusacion treinta años (15). 3º Los delitos gravísimos, como la heregía, simonia, de lesa magestad y otros semejantes, en los que se puede siempre acusar; de consiguiente esta accion en rigor será perpetua (16).

14—Regla 2.ª *La accion de cualquier delito privado se prescribe en el espacio de veinte años, si no es que se encuentre mas ó ménos tiempo señalado en las leyes* (17). Asi, la accion de *dolo* dura dos años solamente; mas la de *daños* y *perjuicios* que resultan de él, dura treinta (18). La accion de injurias un año solamente (19); y asi de otras, cuyos tiempos pueden verse en las mismas leyes (ao).

(14) Leyes 3 y 4 tit. 17 Part. 7.

(15) Dicha ley 4 tit. 17 Part. 7.

(16) Véase á Gregorio Lopez en la glosa 4 de la ley 4 tit. 17 Part 7 que así lo asienta citando á otros.

(17) Paz. 5ª parte, tomo 1 cap. 3 num. 83 y 84.

(18) Ley 6 tit. 16 Part. 7.

(19) Ley 22 tit. 9 Part. 7.

(ao) Sin embargo de que la ley 3 tit. 2 lib. 10 Fuero Juzgo, señala el transcurso de treinta años para la prescripcion de los delitos, las leyes de Partida y Recopiladas, fijan otros términos, segun sean èllos; y asi los de falsedad pueden acusarse por cualquiera del pueblo, dentro del término de treinta años: el adulterio solo puede acusarse dentro de cinco, y si hubiere sido ejecutado por fuerza, dentro de treinta, con tal que los consortes no se hallen divorciados; y en caso de haberse pronunciado la sentencia de divorcio, puede el mari-

15—Pasemos ahora á la segunda parte del título, en la que se trata de las acciones que pasan à los herederos y contra ellos; y para su conocimiento da-

do acusar á su muger de adultera para la pena, dentro de sesenta dias, contados desde el divorcio, sin incluir los feriados ni los de lejítimo impedimento: leyes 3 y 4 tit. 17 Part. 7. El incesto, y el acceso con religiosa, viuda que vive honestamente ó con doncella, han de acusarse en igual tiempo que el adulterio: ley 2 tit. 18 Part. 7—La accion criminal de hurto se prescribe por veinte años, aunque la de repetir la cosa hurtada nunca se estingue: ley 2 tit. 8 lib. 11 Nov. Rec.—El comiso ó la pena de esta calidad se prescribe por cinco años, y si recae en cosa de arrendamiento real, dura el tiempo de este y seis meses despues.—El delito de simple fornicacion se prescribe por tres años, y si es de adulterio complicado con incesto, entónces dura el tiempo de cuarenta años, igualmente que todos los demas que en derecho se llaman atroces ó atrocísimos, como son el de heregia, lesa magestad, parricidio, asesinato, fabricacion de moneda falsa, simonía, aborto procurado de feto animado, sodomía ó pederastía, bestialidad, sacrilegio y otros de igual ó mayor gravedad.—Pasados los referidos términos de prescripcion, ni de oficio ni por acusacion de parte, ni aun mediante el beneficio de restitucion *in integrum* puede procederse como los delitos no esten procesados; pues siéndolo, si la causa esta pendiente por citacion legítima ó por contestacion, nunca se acaba esta instancia criminal: TAPIA, *Tratado del juicio criminal*, tomo 6 tit. y cap 1 n. 38.—Ultimamente, se advierte, que el procedimiento de oficio en los juegos prohibidos no tiene lugar pasado un año: Decreto de 18 de julio de 1840 art. 14; ni tampoco puede procederse contra un reo de causa liviana que hubiere sido dado en fiado, si dentro de sesenta dias desde su escarcelacion, no habiendo querella de parte, no se hubiese sentenciado su causa: ley 24 tit. 38 lib. 12 Nov. Rec.

remos tambien tres reglas (ap).

16—Primera. *Toda accion persecutoria de la cosa ó penal, puede ser intentada por los herederos del difunto; si no es que sea destinada solamente para la venganza.* La razon es, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto; de suerte, que lo que á él le correspondía ó se le debía, ya por derecho en la cosa o á la cosa, pertenece y se le debe tambien al heredero. Se esceptúan las acciones que solo miran á la venganza, como la accion de injurias, la de inoficioso testamento, la que se da para revocar la donacion por ingratitud y otras semejantes, porque en ellas en realidad no se pide una cosa que falta de nuestro patrimonio, sino una satisfaccion que es puramente personal (20).

17—Segunda. *Toda accion persecutoria de la cosa, aunque nazca de delito, se da contra los herederos.* La razon es, porque segun dijimos en la regla antecedente, los herederos suceden en todos los derechos del difunto, el cual cuando se obligó, no solo lo hizo por sí, sino tambien por sus sucesores (21).

18—Tercera. *Las acciones penales ya nazcan de delito, ya de contrato, (v. g., la de depósito miserable) pueden ser intentadas por los herede-*

(ap) Téngase presente, que la accion *penal,* del mismo modo que la persecutoria de la cosa, es meramente *civil*; y asi no ha de confundirse con la *criminal*, pues aunque las dos nazcan de delito, la una no tiene mas objeto que un interes pecuniario y se ejerce civilmente, al paso que la otra se dirije al castigo y escarmiento del delincuente.

(20) Ley 23 tit. 9 Part. 7.

(21) Ley 20 tit. 14 Part. 7.

ros; pero no contra ellos, si no es que el pleito haya sido contestado por el difunto (22) (aq). La razon es, porque las penas como los delitos son puramente personales; y así, solo tienen lugar en los autores del delito, no en los herederos que suponemos inocentes. La razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito induce un *cuasi contrato*, el cual ya estaba entre el difunto y el agraciado; y así, la obligacion de él pasa al heredero (23) (ar).

(22) Dicha ley 20. Véanse las leyes 25 tit. 1, y 2 y 3 tit. 13 Part. 7.

(aq) La accion *persecutoria de la cosa* pasa á los herederos del acreedor y se da contra los herederos del deudor; pero la accion *penal* no pasa á los unos ni puede ejercerse contra los otros, sino solo en el caso de que se hubiese entablado y contestado el pleito en vida del ofensor y del ofendido: ley 25 tit. 1 Part. 7—Supongamos, pues, que Pedro te hurta un caballo, tienes en tal caso contra él, accion persecutoria de la cosa y accion penal, es decir, puedes pedirle la restitucion del caballo, ó bien su estimacion en caso de pérpida, y la pena del duplo, esto es, dos tantos mas de su valor. Si tú ó Pedro ó los dos, falleceis antes que le pongas la demanda y él la conteste ya no podrás tu ni tus herederos pedir á Pedro ó á los suyos la pena del duplo, sino solo el caballo ó su estimacion, pues la accion penal se estinguió por tu muerte ó la de Pedro; pero si el fallecimiento de cualquiera de vosotros dos ó de ambos, no acaece hasta despues de la contestacion de la demanda, entónces tú ó tus herederos podreis usar de las dos acciones, persecutoria y penal, contra Pedro ó sus herederos, los cuales tendrán que restituiros el caballo ó su estimacion y pagaros ademas, dos tantos de su valor.

(23) Leyes 23 tit. 9, y 20 tit. 14 Part. 7.

(ar) Conocida ya la naturaleza y terminos concedidos para uso de las acciones, resta decir algo acerca de la *acumulacion* de ellas. Esta consiste en la deduccion de

dos ó mas acciones en un mismo juicio. Es de dos maneras, *propia é impropia*: la 1.ª es la union simultánea de diversas acciones en un mismo juicio, tiempo y demanda; y la 2ª es la deduccion sucesiva de diversas acciones en diverso tiempo y demanda, hasta la contestacion del pleito. La acumulacion, unas veces es, pues, *necesaria*, porque diversas acciones tienen que tratarse en un juicio, y otras es *voluntaria*, pero que, pedida por el reo, se convierte en necesaria, y el actor tiene que hacerla. En un mismo libelo ó demanda puede proponer ó intentar el actor contra uno ó mas sujetos, muchas y diversas acciones civiles ó criminales, por distintas causas y razones, con tal que no sean contrarias entre sí, pues si lo son, es necesaria para ello nueva instancia ó interpelacion: ley 7 tit. 10 Part. 3.—Gregorio Lopez, glosa 1ª allí, dice que en este caso pueden intentarse disyuntiva ó condicionalmente, pues segun dicha ley, por la adopcion de la una, se entienden renunciadas las demas, sin poder volver á ellas. Si en una misma demanda se intentasen las dos acciones *criminal* y *civil* al mismo tiempo, habría de conocerse primero de aquella, porque al interes particular del demandante, se añade el de la sociedad en castigar los delitos; á ménos que se intentase principalmente la civil y por incidencia la criminal, pues entónces debe reservarse hacer uso de ésta á su tiempo, que es despues de sentenciada la primera, porque no se permite usar principalmente á un tiempo de ambas, sino en el hurto, en que se puede pedir la cosa y la pena: ley 18 tit. 14 Part. 7. Curia Filípica, part. 1 § 12 n. 8, y part. 3 § 14 n. 6.

TÍTULO XIII.

DE LAS ESCEPCIONES.

SUMARIO.

1, 2 Qué se entiende por **escepcion,** cómo se define, y cual es su principal division.
3 Se dividen tambien en **reales y personales.**
4 Cuando deben oponerse las escepciones **dilatorias.**
5 Qué tiempo se concede para alegar y oponer las **perentorias.**
6, 7 Despues de hecha publicacion de probanzas, ninguna puede alegarse: escepcion de esta regla.

Así como al actor corresponde entablar su accion, de la misma manera es á cargo del reo elidirla y defenderse. Esta defensa puede hacerse por el reo, ó negando absolutamente la peticion del actor, ó confesando la causa que tiene para pedir, pero rechazándola por algun motivo justo, que es á lo que llamamos *escepcion.*

2--Diremos, pues, que la escepcion es: *una defensa ó esclusion de la accion intentada por el actor, que hace el reo, ó elidiendola del todo ó suspendiendo su efecto* (1). Segun este modo de esplicar las escepciones, que es conforme á nuestro derecho [*], se dividen en *perpétuas* ó *perentorias*

(1) Leyes 7 y 8 tit. 3 Part. 3, y 1 y siguientes tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. ó 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec.

[*] Segun el derecho de los romanos, la *escepcion* era una esclusion fundada en la equidad, de la accion que competia atendido el rigor de derecho; es decir, que solo decian escepcionarse el reo, cuando la accion que tenia el actor, atendido el rigor de derecho era válida, y debia producir su efecto; pero la equidad prohibia que lo produjese. Por ejemplo: era principio constante, que la voluntad, aunque fuese coacta ó careciese de espontaneidad, era voluntad por el rigor de

y en *temporales* ó *dilatorias*. Las primeras son aquellas que alegadas acaban con la accion que parecia tener el actor: v. g., la escepcion de cosa juzgada, de dolo ó de miedo grave (2). Las segundas son las que sólamente suspenden el efecto de la accion ó la difieren hasta otro tiempo: tales son las que se dirigen, ó à la persona del juez, diciendo que es sospechoso ó incompetente; ó á la persona que demanda por no ser legítima para comparecer en juicio, ó al mismo negocio, como si pide el actor ántes de haber llegado el plazo (3) (as).

derecho; pero la equidad dicta se rescindan los contratos hechos por miedo: de aquí, pues, nacia la escepcion *Quod metus causa*. Del mismo modo, por rigor de derecho, el hijo de familias debe quedar obligado por el mútuo, y por cualquier contrato que celebre; pero la equidad y favor de los padres, quitan la fuerza á esta accion, mediante la escepcion del senadoconsulto *macedoniano*. Tampoco se llamaban escepciones, hablando con propiedad, aquellas que alegadas hacen ver que no hay accion, á lo que llaman quitar la accion *ipso jure*: v. g., la paga, la compensacion: á estas llamaban escepciones *facti*, y á aquellas en que era necesario alegar la escepcion para elidir la accion, decian escepciones *juris*. Mas ahora por nuestro derecho, llamamos *escepciones* á todas aquellas defensas que propone el reo, y que justamente impiden que produzca su efecto la accion intentada contra él.

(2) Dicha ley 8 tit. 3 Part. 3 —(3) Ley 9, allí.

(as) *Escepcion* es, todo lo que opone el reo á la demanda del actor, ya para destruir el derecho de éste, ya para dilatar el juicio ó impedir que se entable de cierto modo. Las escepciones, por otro nombre *artículos*, se dividen en *meramente dilatorias y temporales*; *en meramente perentorias y perpetuas; en mistas ó anómalas*, y en *perjudiciales*. Las primeras son las que difieren ó retardan el ingreso ó curso del juicio princi-

3—Tambien se dividen las escepciones en *reales* y *personales*. Reales son, las que aprovechan á los herederos y sucesores, y de esta naturaleza son casi todas; pero hay otras que solo competen a una persona por fundarse en algun privilegio personal, y por eso se llaman personales, y espiran con la persona: v. g., la escepcion de beneficio de competencia.

4—Por lo que hace al tiempo en que se han de proponer la escepciones y término que se concede pa-

pal, y unas son relativas al juez, como la *declinatoria* de fuero ó *incompetencia* del juez por defecto de jurisdiccion, y la *recusacion* por sospechoso: otras relativas al actor, como la de *lejitimacion* no solo para pedir sino tambien para comparecer en juicio; y otras á la *causa ó proceso*, como la *litis pendencia*, la *subrepcion* del rescripto, la de *libelo inepto ú obscuro*, la de *pacto temporal de no pedir*, la de *carecer el actor de accion para litigar, pedir antes de que espire el plazo ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes: las *perentorias* son, las que estinguen la accion del actor, como las de no haber entregado el dinero, la prescripcion, solucion, etc: *mistas* son las que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, como la cosa juzgada, transaccion, pleito acabado, paga, finiquito, prescripcion, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion, por no haberla tenido nunca ó haberla ya perdido: ultimamente, las escepciones *perjudiciales*, que se comprenden entre las dilatorias, ó son absolutamente y de suyo *perjudiciales*, como las que se proponen sobre el estado de libertad, sobre si uno es hijo de quien se dice, ó cuando el hijo dice que no está bajo la patria potestad; ó respectivamente, que son las que se proponen como acciones privilegiadas, contra otras que no lo son, lo cual sucede: 1.º cuando se intentan dos, una principal y otra accesoria, pues aquella perjudica á ésta, porque se trata primero de ella· 2º cuando se instaura una y luego otra contraria, pues no se admite ésta por el perjuicio que

ra probarlas, hay diferencia entre las dilatorias y perentorias. Las *dilatorias* se deben oponer ántes de la contestacion del pleito, ó por mejor decir, oponiéndolas no se contesta el pleito. Para oponerlas y justificarlas concede el derecho al reo el término de nueve dias continuos, contados desde el de la citacion, y pasados no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitucion del privilegiado á quien competa, si no es que de su inadmision se

causa á la otra: 3.° cuando se intentan dos civiles, una particular y otra universal, pues aquella cede á ésta; ó cuando la una es civil y la otra criminal y ésta absorve en sí á aquella: 4.° en caso de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion, ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado: 5.° cuando alguno intenta la accion de division de herencia diciendo que es coheredero, pues ínterin justifica serlo, si le niegan esta calidad, no puede dividirse la herencia: 6.° cuando intenta la de division de cosa comun, y se le niega ser comun la cosa cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño ó participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que la obtenga en juicio pasar á dividirse: 7.° cuando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ó contra el fiador simple, porque si se le opone la escepcion de la escusion en el principal obligado, debe hacerla primero y ésta perjudica á la accion: 8.° cuando se opone al actor la escepcion de escomunion mayor, de la cual se debe conocer antes que del principal negocio; y 9.° cuando no tiene accion ó no legitima su persona, ó se escepciona contra la del juez por incompetencia ó sospecha, de suerte que cuando el reo intenta alguna accion como tal, ó por via de escepcion, de la cual debe tratarse antes que de la del actor, se llama perjudicial, porque detiene y perjudica su curso y conocimiento. Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 1. 2. 3. 47, 51, 60, 61 y 63.

le irroge grave detrimento, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entónces precediendo el conocimiento de ella, pueden ser admitidas (4) (at).

5—Mas para alegar y oponer las *perentorias*, le concede la ley otros veinte dias, contados desde que se concluyan los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos, segun algunos autores, no debe admitirlas el juez, escepto que no se opongan de malicia, jurándolo el reo así, y que hasta entonces no habian llegado á su noticia (5). Pero otros, atendiendo á que nuestras leyes quieren que en la decision de las causas solo se deba atender á la verdad (6), defienden que se han de admitir las escepciones perentorias que opusiere el reo despues de dichos veinte dias, aunque no alegue causa alguna para haberlas ignorado hasta entonces, y que en este caso debe ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion (7).

(4) Ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec., y Gregorio Lopez en la ley 9 tit. 3 Part. 3, glosando las palabras *no debe ser oido*, glosa 5.

(at) Bien que de todos modos las escepciones dilatorias podrán ponerse como perentorias dentro del término de éstas; y aun alguna de ellas puede alegarse en cualquier estado del juicio, aunque esté conclusa la causa, como la *recusacion*: Acevedo, en la ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. n. 55: Covarr. *practic quæst.*, cap. 26 n. 2; y *Curia Filip.* part. 1 § 13 n. 6, y § 15 n. 2.

(5) Ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec.

(6) Ley 10 tit. 17 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop.

(7) Véase dicha ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov. Rec. Acevedo, en la ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov., y Covarr. *pract. quæst.* cap. 26 n. 2.

6—En el caso de haberse ya opuesto alguna ó algunas escepciones dentro del competente término, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, porque sería necesario que el pleito se recibiese nuevamente a prueba sobre ella; si no es que el que la opone pueda justificarla por escritura pública, ó confesion de la parte contraria (8) (au).

7—No milita lo dicho para con los que gozan del beneficio de restitucion *in integrum*, porque estos la pueden intentar para oponer y probar escepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez solamente, pidiéndola ántes de la conclusion para definitiva; y en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (9).

(8) Ley 5, al fin, tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 13 lib. 11 Nov. Recop.

(au) Las escepciones mistas ó *anómalas* pueden oponerse antes ó despues de la contestacion, y á veces no solo ántes de ésta, como dilatorias ó como mas haya lugar y puedan contribuir á la justificacion del artículo de *no contestar* que se forme, sino tambien despues, en caso que aquel se desprecie y se mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento. Si se oponen ántes, sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para enervar la accion del demandante, que es el único fin á que se dirijen. Si la duda ó dificultad es de derecho, debe decidirse al punto, sin necesidad de mas exámen é indagacion, y aun el juez debe suplir de oficio la escepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga: Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 68, 69 y 74.

(9) Leyes 5 y 6 tit. 5 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1 y

Título XIV.

DE LAS REPLICACIONES.

SUMARIO.

1 De la **replicacion** y **dupli-cacion** ó contraréplica.

2 Términos concedidos al actor y al reo para la réplica y dúplica.

Así como el reo intenta elidir la demanda del actor mediante alguna escepcion, de la misma suerte el actor procura destruir la escepcion alegada por el reo, a lo que llaman *replicacion*, y este responde tambien a ella con la *duplicacion*. Mas alegatos no permite nuestro derecho, sino que habiendo llegado a la *duplicacion*, que es decir, estando la causa en cuarto escrito, se dá el pleito por concluido en esta parte, y se manda recibir á prueba. (1).

2—Para la *replicacion* se conceden al actor seis dias, y otros tantos al reo para impugnarla (2).

2 tit. 13 lib. 11 Nov. Recop. Véase en el tomo I, el
Apéndice de la restitucion in integrum, nota (ay) pá-
(1) Leyes 2 tit. 5, y 9 tit, 6 lib. 4 Recop. de Cast.
gina 196.
Leyes 3 tit. 3, y 1 tit. 15 lib. 11 Nov. Rocop.
(2) Dicha ley 2.

TÍTULO XV.

DE LOS INTERDICTOS.

SUMARIO.

1 Razon del órden.
2 Qué son los **interdictos.**
3 De la posesion **civil** y **natural,** y ventajas del que posée.
4 Porqué se han llamado **estraordinarias** las acciones que nacen de interdictos.
5, 6 Division de éstos en **prohibitorios, restitutorios** y **exhibitorios,** y qué se entiende por cada uno de ellos.
7 Otra division de los interdictos en **sencillos y dobles.**
8 La principal division de los interdictos, es en unos que tienen por objeto **conseguir,** otros **retener,** y otros **recobrar** la posesion; y en qué casos tiene lugar el primero.
9 Del interdicto de **retener** la pesesion, y casos que se dan de él.
10, 11 Continuacion de la misma materia.
12 A quién se concede el interdicto de **recuperar.**
13 De la accion de **despojo** y regla sobre el particular.

Aunque en los títulos precedentes se han esplicado todas las acciones, así *reales* como *personales*, se omitieron los *interdictos*, porque esta clase de acciones propiamente no nacen, ni del derecho *á la cosa*, ni *en la cosa*, sino de la *posesion*. Ahora, pues, se tratará de ellos en el lugar que los pone Justiniano.

2—Los *interdictos* son unas acciones estraordinarias, con las cuales se entabla un juicio breve y sumario, para discutir algun punto perteneciente á posesion (av).

(av) *Interdicto* es, *la accion que uno tiene para reclamar en juicio sumario la posesion actual ó momentánea que le corresponde sobre alguna cosa.* Decimos *actual ó momentánea,* y no *de hecho*, porque la intencion del que por medio del interdicto reclama la posesion, no se dirije á la posesion de hecho, ò sea á la simple tenencia de la cosa, sino á la posesion de derecho, esto es, á la posesion que cree que por

3—Hemos dicho, que por medio de los interdictos se litiga sobre posesion; mas no de la posesion llamada *natural*, por la que se tiene solamente la nuda detencion de la cosa, como la que se verifica en el conductor o depositario; sino de la *civil*, que es una detencion de la cosa con ánimo ó intencion de adquirirla, como la que tiene aquel que ha adquirido la cosa con justo título; v. g., compra, donacion ó legado, ó por otros títulos habiles para transferir el dominio. Esta es la que se debe llamar verdadera posesion, y la que es digna de pelearse. Es verdad que ella por sí sola no da un derecho real y perpetuo, sino solamente momentaneo, y que dura hasta tanto que por sentencia sea despojado el poseedor; mas con todo, es proloquio recibido en derecho: *bienaventurado el que posee.* Y en realidad no carece de razon, porque son grandes las ventajas de un poseedor. En primer lugar, siéndolo de buena fé, hace suyos los frutos industriales consumidos: retiene la cosa hasta que por sentencia del juez se le mande volver, lo cual es de increible utilidad, por ser los pleitos regularmente inmortales: los poseedores se defienden de propia autoridad contra el que los quiere espeler por fuerza de su posesion, siendo regla general, que la venganza privada esto prohibida, y que ninguno puede hacerse justicia por su mano. Finalmente: en caso igual, es mejor la

derecho tiene ó le pertenece; y aunque en el interdicto solo se ventila el hecho de la posesion, esto es, quien la tiene ó debe tenerla en el acto, hay mucha diferencia entre el *hecho de la posesion* y la *posesion de hecho*: el primero puede recaer y se supone aquí que recae sobre la posesion legal; y la posesion de hecho no es de suyo mas que una mera tenencia, de la cual no se trata aquí.

condicion del que posee, y habiendo duda se debe pronunciar sentencia á favor de él (ax).

4—Tanto son los emolumentos de la posesion: en esta virtud, pues, se estableció que para evitar dilaciones y decidir estas causas con brevedad, el que pretendia tener derecho sobre posesion, aunque momentánea, propusiera desde luego su accion ante el juez. Se han llamado *estraordinarias*, porque mediante ellas se decide la disputa con brevedad, sin observar todos los trámites de los juicios ordinarios, y sin admitir apelacion, ó si se debe admitir, es solo en el *efecto devolutivo*, y no en el *suspensivo*. Es verdad que algunas causas de posesion se siguen al modo de juicio ordinario; mas éstas se llaman *plenarias, y sumarias* á las que se dirijen á adquirir de pronto, retener, ó recobrar la posesion; y estas acciones son las que con nombre de *interdictos* tratamos en este título [*].

(ax) *In pari causa melior est conditio possidentis*: C. 65 *de reg. jur. in* 6.° *Favorabiliores sunt rei quam actores*: Ley 127 ff. *de reg. jur.*

[*] Las leyes romanas llamaban *interdictos* á unas fórmulas ó concepciones de palabras de que usaban los pretores cuando mandaban ó prohibian algo en las causas de posesion. Como éstas eran privilegiadas, y no se permitia que fuesen interminables, presentándose alguno á pelear sobre posesion, no hacia el pretor mas que llamar al contrario, oir á ambos litigantes, y sin forma de juicio decidir la causa mandando ó prohibiendo; y con una breve fórmula, v. g. *uti possidetis ita possideatis*, decidia de pronto quien debia poseer la cosa litigiosa, mientras tanto que no se probaba el derecho de la parte contraria. De manera que *interdicto* no era mas que una sentencia, ó por mejor decir, una providencia interina, *sententia interim dicta*. Justiniano sin embargo decia, que se llama así *quia inter-*

5—Se dividen los interdictos primeramente, en *prohibitorios, restitutorios y exhibitorios.* Los primeros, segun nuestro derecho, son aquellos por los cuales pretendemos se prohiba á otro hacer alguna cosa que perjudica ó daña la posesion del público ó la nuestra, ó que se guarde la prohibicion ya establecida. Tal es el interdicto que se llama *denuncia de nueva obra*: v. g., si uno quisiese edificar obra nueva en la plaza, calle ó ejido comun; en cuyo caso tiene accion para denunciarla cualquiera del pueblo, á escepcion de los menores de 14 años y mugeres, que solo pueden hacer la denuncia cuando la obra cede en perjuicio de ellos mismos (1). Tiene tambien esta accion todo aquel que recibe daño de alguna *obra nueva,* y la pueden intentar sus hijos, sus siervos y sus personeros ó mayordomos, y los curadores á nombre de los huérfanos (2) (ay).

duos dicitur, y otros muchos aseguran que proviene del verbo latino *interdicere* que significa *prohibir ó vedar*, ya porque los primeros interdictos fueron prohibitorios, ya porque todos ellos, si bien se analizan, contienen prohibicion tácita ó espresa.

(1) Ley 3 tit. 32 Part. 3.

(2) Ley 1 tit. 23 Part. 3.

(ay) La denuncia no solamente puede hacerse al dueño de la obra, sino tambien al que en nombre suyo estuviese allí y á los mismos obreros y oficiales; y puede hacerse de tres modos: ó diciendo al dueño de la obra que cese en ella ó deshaga lo hecho; ó tomando alguna piedra, arrojándola á la obra y diciendo lo mismo, ú ocudiendo al juez para que la mande deshacer: ley 1 tit. 32 Part. 3. En este caso el juez toma juramento al denunciador de que no procede maliciosamente: se traslada al lugar de la obra ó envia al escribano, y tomando medida y razon del estado en que se halla, hace saber al dueño la denuncia y le manda suspender

6—Los interdictos *restitutorios* son, aquellos por los cuales se manda que alguno sea restituido a la posesion de que fué despojado. Tal es la accion que se concede á aquel que por fuerza ha sido echado de la cosa raiz que poseia, el cual debe ser prontamente restituido por el juez á su pesesion, y el forzador condenado, no solo a volver los frutos que llevo, sino tambien á perder la cosa raiz, aun cuando tuviese derecho á ella (3). Finalmente, los *exhibitorios* se verifican cuando el juez manda á alguno mostrar alguna cosa en juicio, como en los ejemplos que pusimos en la accion *ad exhibendum* (az).

7—Otra division de los interdictos es, que unos son *sencillos* y otros *dobles*. *Sencillos* se dicen, cuando uno solo de los litigantes puede ser actor, y el otro reo solamente: v. g., en el interdicto de la *espulsion por fuerza*, siempre el arrojado es actor, y el forzador es reo. *Dobles* son, cuando uno y otro

la obra, bajo la pena de derribar á su costa lo que despues construyere: ley 8 allí. En seguida oye en juicio contradictorio al denunciador y al denunciado, y si no pudiere librar el pleito dentro de tres meses, puede continuar la obra el dueño, dando fianza de que la demolerá á su costa, si fuere vencido. Si el denunciado quisiere dar la fianza antes de pasar los tres meses, el denunciador no tendrá obligacion de admitirla; pero si la admitiese antes de presentarse al juez, ó sin ella permitiese al denunciado pasar adelante en la obra, podria éste continuar la construccion. Si el denunciador no quisiere prestar el juramento de que hemos hablado, debe el juez conceder al denunciado que siga haciendo la obra empezada, mandando á su contrario que no se lo embarace: ley 9 allí, y glosa 2.

(3) Leyes 9 y 10 tit. 10 Part. 7.

(az) Véase el título 6 de este libro n. 16 y 17 pág. 55.

de los litigantes pueden ser actor y reo. Tales son aquellos en que es dudosa la posesion, pues entónces uno y otro puede presentarse en juicio, y será tenido por actor el que haya provocado primeramente; y si ámbos provocaron á un tiempo, el que elijiere la suerte.

8—La principal division de los interdictos es, que unos son para *conseguir* la posesion; es decir, que por medio de estas acciones pedimos una posesion que aun no hemos tenido: otros son para *retener* o *conservar* la que gozamos actualmente; y otros para *recobrarla* en el caso de haberla perdido. *Alia interdicta sunt adipiscendæ, alia retinendæ, alia recuperandæ possessionis.* Del primero, aunque puede haber vàrios casos, el mas famoso es, el que se concede á favor de los hijos, ú otros parientes que tengan derecho a heredar al difunto por testamento ó ab intestato, los que deben ser puestos en posesion pacífica de los bienes hereditarios, condenando á los que se hayan atrevido á entrar ó tomar la posesion de dichos bienes á título de que se halla vacante, á la pena de perder por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenian, si alguno alegaren tener; y si ninguno tuvieren, á que restituyan los bienes que tomaron con otros tales y tan buenos ó la estimacion de ellos; procediéndose en todo sumariamente y sin figura de juicio; pero sí con plena prueba (4) (ea).

(4) Ley 3 tit. 13 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 3 tit. 34 lib. 11 Nov. Rec, Acevedo, sobre la ley 3 cit. n. 72 y 73.

(ea) De este interdicto se encuentra otro ejemplo en la ley 2 tit. 14 Part. 6, y se reduce á que presentando alguno al juez un testamento otorgado en forma, no raido ni cancelado, pidiendo se le ponga en posesion de los bienes hereditarios que en él se le dejan,

9—La segunda clase de interdictos es, la *de retener* la posesion, y de éstos hay dos: el uno para las cosas raices, y el otro para las muebles (5). Uno y otro se concede à aquel, que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, pero no con posesion precaria, ni violenta ú ocultamente, contra el que lo perturba o molesta, á efecto de que cese de perturbarlo, dé caucion de no hacerlo en lo sucesivo, y pague al perjudicado los daños é intereses (eb).

10—Compete, pues, esta especie de interdictos, no solo al que tiene posesion civil y natural, sino al

ha de ser puesto en la posesion que solicita, prohibiendo el juez á otro cualquiera retener cosa alguna de dicha herencia, con pretesto de falsedad del testamento ó de imposibilidad de haberlo hecho el que aparece testador; á no ser que se ofrezca á probarlo inmediatamente, en cuyo caso deberá el juez detener la entrega, y oirle y recibir pruebas en razon de esto.

(5) Al primero llamaban los romanos *uti possidetis*, y al segundo *utrubi*.

(eb) Este interdicto tiene por objeto retener ó *conservar* la posesion en que ya estamos, pero que otro pretende quitarnos por medios violentos ó legales. Si poseyendo, pues, una cosa, natural ó civilmente, ó de ambos modos, viene alguno á inquietarme y molestarme, no dejándome usar de la cosa á mi arbitrio en sembrar, cavar, labrar, edificar, ó hacer lo que me pertenezca, puedo en uso de este interdicto acudir al juez solicitando *amparo de posesion*, á cuyo fin debo probar que soy poseedor y que el contrario me perturba; y concluir con que se me declare tal poseedor y se mande al reo, que léjos de molestarme en lo sucesivo, me pague los perjuicios que me hubiese causado, y se le imponga perpetuo silencio; lo que efectivamente ordena el juez á este tenor: ANTONIO GOMEZ, en la ley 45 de Toro n. 168 y siguientes.

que tiene solamente la civil, que es el que propiamente se llama poseedor, pues el que goza de sola la natural, se dice que esta en posesion, mas no que es suya; aunque no hay duda que tambien basta para tener este interdicto, no siendo viciosa.

11—Se usa de alguno de los dos interdictos esplicados, cuando dos han de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y pretende cada uno de ellos que la posee, porque la discusion de este punto debe preceder al juicio petitorio o sobre propiedad, el cual no puede instruirse sin que haya un cierto poseedor á quien debe reconvenir el actor. Y como la posesion es tan preciosa, que segun dijimos, vence quien la tiene, aunque no muestre derecho alguno, si el actor no probare su intencion; de ahi es, que es necesario se decida ántes de todo la posesion interina (6).

12—El interdicto de *recuperar* la posesion, es uno solo. Este ya lo insinuamos al esplicar los restitutorios. Se concede al que es echado por fuerza de la cosa raiz que poseia, con la pena de perder el forzador cualquier derecho que en ella tuviese, debiendo restituirla al forzado con todos los frutos que de ella saco. Y si despues de hecha la fuerza se perdió ó empeoró, todo el peligro y daño es del forzador, quien debera pagar la estimacion. Si el forzador fuese padre o patrono del forzado, ó menor de catorce años, no caera en la pena; pero deberá restituir la cosa (7). Compete este interdicto contra el que quitó la posesion, aunque sea juez: de suerte que si algun alcalde ú otro juez despojare á alguno

(6) Véase otro ejemplo de este interdicto en la ley 2 tit. 14 Part. 6.

(7) Ley 10 tit. 10 Part. 7.

de la posesion de sus bienes, sin haber sido llamado, oido y vencido, le deben ser restituidos dentro de tres dias (8). Lo dicho se estiende al caso de que se presente cédula del Rey, en que mande dar á otro la posesion que uno tiene, pues habiéndose despachado sin audiencia del reo, debe ser obedecida y no cumplida (9).

13—Mas desde que el derecho canónico estableció la accion llamada *de despojo*, es de ménos uso el interdicto esplicado (10). Lo que tiene de mas útil la accion canónica es, que el interdicto es accion *personal*, y asi, solo compete contra el forzador, y la accion de despojo es *real*; y asi se dá contra cualquier poseedor. De suerte, que segun el derecho canónico, la posesion es una especie de derecho en la cosa. En el interdicto podria tal vez admitirse alguna escepcion; mas con la accion de despojo, cesa toda escepcion, sea la que fuere. De aqui nace aquella regla de derecho canónico: *Spoliatus ante omnia restituendus* (ec).

(8) Ley 2 tit. 13 lib. 4 Recop. de Cast. Ley 2 tit. 34 lib. 11 Nov. Recop.

(9) Ley 2 del mismo tit. 13.

(10) C. 18 de *restitutione spoliatorum.*

(ec) Para usar de este interdicto por via de accion, tiene el despojado el término de un año útil; pero para intentarlo por via de escepcion, dura perpétuamente, porque lo que debe demandarse en tiemqo limitado, es perpetuo para escepcionarse: Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 2 n. 10.—El conocimiento de estos recursos, sea eclesiástico, lego ó militar el perturbador, toca á los jueces ordinarios que conocerán de ellos por medio del juicio sumarísimo que corresponde, y aun por el plenario de posesion, si las partes lo promovieren, reservando el de propiedad á los jueces competentes, siem-

TÍTULO XVI.

DE LA PENA DE LOS TEMERARIOS LITIGANTES.

SUMARIO.

Por *pena* no se entiende en este título, un castigo que se impone por algun delito, sino unos medios que ha adoptado el derecho para reprimir la temeridad, así del actor como del reo, que suelen suscitar ó defender pleitos injustos.

2—En este sentido, pues, la primera pena establecida contra los temerarios litigantes, ó el primer modo de reprimir su temeridad, es el juramento llamado de *calumnia*, ó de credulidad. Este no es otra cosa, que un juramento que deben hacer actor y reo al principio del pleito ó despues, en todas las causas, así civiles como criminales. En las primeras, afirmando el actor que mueve el pleito porque crée que tiene justicia, y que asi lo proseguirá de

pre que se trate de cosas ó personas que gocen fuero privilegiado: Decreto de 9 de oct.e de 1812, cap. 2 art. 12 La restitucion del despojo hecho por persona privada de autoridad propia ó con la de juez, sin ser citado, oido, y vencido por derecho el despojado, ha de hacerse sin citar al adversario, bastando que conste el despojo por informacion sumaria: *Curia Filíp.* part. 2 § 28 n. 4, citando las leyes 2 y 3 tit. 34 lib. 11 Nov. Rec.

buena fé sin procurar dilatarlo, cometer fraude, molestar ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa por odio, ni le intenta acriminar falsamente. El reo debe asegurar, que las escepciones y defensas de que usa, son justas, en los mismos términos (ed).

3—Este juramento se manda hacer por el juez á ámbos litigantes, despues de contestado el pleito, en caso que lo pidan el uno al otro (1). Mas si no lo piden, por su defecto no se anula el proceso, por lo que rara vez se hace con la especialidad referida, y se estima hecho con aquellas palabras que comunmente se ponen al fin de los escritos de demanda: *juro lo necesario etc.* Segun esto, podemos decir, que el juramento de calumnia es de dos maneras: *especial* y *general*. Especial es, el que se pide espresamente por alguno de los litigantes al otro, acerca de los puntos que hemos dicho antes, y que se reducen a cinco: 1º que crée tener justicia: 2º que

(ed) La ley 23 tit. 11 Part. 3 da á este juramento el nombre de *manquadra*, diciendo: *ca bien asi como la mano que es quadrada é acabada ha en sí cinco dedos; otrosi esta jura es cumplida quando las partes juran estas cinco cosas, que aquí diremos*; cuyas cinco cosas esplican los prácticos en estos versos:

Illud juretur, quod lis sibi justa videtur;
Et si quæretur, verum non inficietur;
Nihil promittetur, nec falsa probatio detur;
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Y se advierte, que si una parte pide por *dos veces* se haga este juramento, y la otra no quiere prestarlo, y sin embargo el juez sentencia la causa, á mas de ser nulo el proceso, debe ser condenado en costas el mismo juez: ley 2 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop.

(1) Leyes 8 tít. 10 y 23 tit. 11 Part. 3.

cuantas veces sea preguntado dira ingénuamente la verdad sobre el particular: 3º que no usará de falsas pruebas, ni escepciones fraudulentas: 4º que no pedirà dilaciones maliciosas en perjuicio de la otra parte: 5º que á ninguno ha dado ni prometido, dará ni prometerá cosa alguna por lograr el buen éxito del pleito, sino lo que las leyes permiten dar (2). General se llama esa espresion de juramento que se añade en todos los pedimentos, y que tácitamente contiene los puntos dichos, por lo que tambien se confunde con el llamado de *malicia* [*].

(2) Dicha ley 23.

[*] Para que mejor se entienda lo dicho, es menester notar, que hay tres clases de juramentos judiciales, á saber: el de *calumnia*, el de *malicia*, y el de *decir verdad*. El primero ya lo hemos esplicado. El de *malicia* es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algunos artículos ó escepciones, antes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la escepcion ó pide la dilacion. Este juramento, que se acostumbra poner en todas las demandas, está deducido de la ley 23 tít. 11 Partida 3 v. *La quinta*, y es una parte del de calumnia; pero segun los autores se diferencia de él; lo primero, en que este se puede pedir antes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo, en que el de malicia se puede pedir tantas cuantas veces se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna escepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir y hacer por una persona, en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero, en que el de calumnia se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte; y aquel, sobre escepciones, ó artículos particulares y dilaciones Febrero *Librer. de escribanos*, lib. 3 del *juicio ordinario* cap. 1 § 2 número 109. El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio no solo los litigantes cuando juran posicio-

4—Deben hacer este, las principales personas del pleito, como son el actor y reo y sus abogados, entendiéndose siempre que el contrario lo pida, mas no los procuradores (3). Fuera de este caso, estan obligados los abogados al comenzar á ejercer su oficio, cada año, y siempre que al juez parezca, á jurar que usarán del que toman bien y fielmente, que no defenderán causas en que conozcan que sus partes no tienen justicia, y que si hubieren comenzado á abogar en algunos pleitos injustos, en cualquier estado de ellos que lo conozcan, los abandonarán: que lo harán saber asi a los interesados, aconsejándoles que se dejen de semejantes pleitos, y que verán y se impondran en los autos originales, antes de firmar las relaciones de ellos (4). Mas en el dia solo está en práctica el hacer este juramento al ingreso de su oficio, y en el caso de pedirlo las partes.

5—Si el actor se resistiere á hacer el juramento de *calumnia*, debe ser absuelto el reo, y si este lo rehusare, debe ser condenado como si hubiera sido convencido; porque de esta resistencia se infiere, que se mueven á intentar el pleito ó á escepcionarse con mala fé (5).

6—El segundo medio de reprimir la temeridad de los litigantes es, imponerles *pena pecuniaria* [*];

nes, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él; los testigos, sobre lo que saben y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de calumnia, que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta.

(3) Ley 23 tít. 11 Part 3.

(4) Leyes 2 y 3 tít. 16 lib. 2 Rec. de Cast. Leyes 3 y 8 tít. 22 lib. 5 Noy. Rec.

(5) Ley 23 tít. 11 Part. 3.

[*] Esta pena pecuniaria antiguamente era de tres

la que en el dia esta reducida á que el temerario litigante, es decir, el que no tuvo justa causa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolas este [*]. Se juzga no tenerla, cuando la demanda es inepta ó claramente injusta, ó el actor no la probó, o el reo sus escepciones, o puso alguna maliciosamente (6). Pero no debe pagarlas si tuvo justa causa para litigar, ni cuando probó su intencion, a lo menos con dos testigos, ni cuando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia (7). Mas como esta disposicion esta fundada en presuncion de que el que juró diria verdad; de ahí es, que faltando ésta, como si constase de la temeridad o calumnia del litigante, debe ser condenado en las costas, no obstante el juramento (8).

7—En las causas criminales, procediendo el actor de malicia por calumniar al reo, no solo debe ser condenado en las costas, y en los daños y per-

modos. Primero: creciendo ó duplicándose el valor del pleito contra el que reconvenido negaba la deuda, como en los legados piadosos. Segundo: llamando á juicio á alguno sin venia, siendo de aquellos que tenian obligacion de pedirla. Y el tercero, que es el que solamente está en práctica, es la condenacion de costas. Véase el art. 10 secc 2 de la ley de garantias de 5 de Diciembre de 1839.

[*] Es digno de notarse que la ley 8 tít. 22 Part. 3 que hace mencion de daños y perjuicios que pueden ser irrogados á un litigante por la temeridad ó malicia de su contrario, no manda sea condenado en ellos, sino solo en las costas del pleito, aunque parece muy justo que siendo los perjuicios de consideracion, y probándolos el agraviado ante el juez, lo deberá condenar á resarcirlos.

(6) Leyes 30 tít. 2 y 8 tít. 22 Part. 3.

(7) Dicha ley 8 del mismo tít. y Part.

(8) Asi Gregorio Lopez en la glosa 2 de esta ley.

juicios causados al injuriado por su injusta acusacion, sino que tambien se le debe imponer la pena que correspondia al delito de que acuso al otro (9) (ef); y si el reo se defendiere con escepciones dolosas é injustas, o de otros modos ilegales, como si cohechase al acusador o de otra suerte, queda infame, y será condenado en las penas que merezca su delito (10).

8—La *infamia*, pues, es el último medio de reprimir la temeridad de los litigantes; la que no solo se irroga en el caso esplicado, sino tambien cuando alguno es condenado por dolo cometido en cualquiera de los cuatro contratos famosos, de tutela, depósito, sociedad y mandato, y por todo verdade-

(9) Leyes 5 y 27 tít. 1 Part. 7.
(10) Ley 5 tít. 6 Part. 7.
(ef) Téngase presente que la calumnia puede ser, ó *manifiesta* que es cuando se prueba que la acusacion ó imputacion ha sido maliciosa; ó *presunta*, cuando el acusador no ha probado la acusacion, sin que por su parte el acusado haya demostrado la malicia ó el dolo de aquel. En la calumnia *manifiesta*, todo acusador incurre en la pena del talion señalada por las leyes 26 tít. 1 Part. 7, y 6 tít. 6 lib 12 Nov. Rec ; pero en la calumnia *presunta* estan esentos de la pena los siguientes: 1º el fiscal y el promotor fiscal: 2º el tutor que acusa á nombre del huérfano por injuria hecha á este ó a sus parientes por quienes él podría acusar, siendo mayor de edad: 3º el heredero que acusare á una persona de quien el testador hubiese dicho en el testamento ó delante de testigos, que le habia causado el mal de que moría: 4º el que acusare al monedero falso: 5º el que acusa sobre agravio hecho á el mismo ó sobre muerte de sus deudos dentro del cuarto grado; y 6º el casado que acusa por la muerte de su consorte: leyes 5, 6, 20, 21 y 26 tít. 1 Part. 7.

ro delito; á escepcion de los casos de la ley Aquilia, por faltar regularmente el dolo en ellos (11) (eg).

(11) Dicha ley 5 tít. 6 Part. 7.

(eg) Para concluir diremos, que infamia ó *disfamamiento* como la llama la ley 1 tít. 6 Part. 7 es, *profanamiento que es fecho contra la fama del ome*, la cual segun la misma ley es, *el buen estado del ome que vive derechamente é segun ley é buenas costumbres.*— La infamia es *de hecho* ó *de derecho*: aquella proviene de acciones que, en el concepto de personas honradas, son indecorosos ó contrarias á las buenas costumbres, aunque la ley no las castigue; y así, son tenidos como infames de hecho: 1º el que no ha nacido de matrimonio legítimo: 2º el infamado por su padre en testamento: 3º el reprendido públicamente por via de correccion, por el rey ó por el juez: 4º el infamado por alguna persona fidedigna que divulgase sus yerros; y 5º el sentenciado civilmente al pago ó restitucion de cosa hurtada ó tomada por fuerza: ley 2 tit. 6 Part. 7.—La infamia *de derecho*, que es la que se impone ó declara por la ley, es de dos clases, pues se incurre en ella, ó por solo el hecho de ejecutar la accion, ó por la sentencia del juez. En el primer caso son infames *ipso jure*, el lenon ó alcahuete, el juglar ó bufon, el militar echado del ejército, ó que arrienda heredades por negociacion, el usurero, el que quebranta transacciones juradas, el que comete pecado nefando, el abogado que hace pacto de *quota litis*, y el juez que á sabiendas da sentencia injusta. Son infames por *sentencia*, los condenados por traicion, falsedad, adulterio, hurto, robo, engaño ó injuria, ú otro delito público, el acusador que abandonare la acusacion sin licencia judicial, y los que cometen el delito de desafio: leyes 9, 11 y 14 tit. 6 y 24 tit. 22 Part. 3; 17 y 19 tit. 1, y 3, 4 y 5 tit. 6 Part. 7; 2 tit. 20 lib. 12 Nov., y decreto de 24 de marzo de 1813 art. 3.—Los efectos de la infamia son: perder los oficios de dignidad y honra, sin poder obtener otros, porque no pueden ser jueces,

APÉNDICE.

DE LOS ABOGADOS, FISCALES, RELATORES, ASESORES, ESCRIBANOS Y RECEPTORES.

SUMARIO.

1 Qué sea **abogado,** y cuáles sus diversas denominaciones.
2 Del orígen y excelencia de esta profesion.
3 Requisitos para obtener el titulo de abogado.
4 Obligaciones de los abogados.
5 **Fiscal** quien es, y con qué otros nombres se conoce.
6 Establecimiento de este ministerio, y por quienes y cómo se ha ejercido.
7 Del **promotor** y **agentes fiscales,** y cuales eran sus funciones
8 Requisitos para ser fiscal, y de algunas prerogativas qne se le conceden.
9 De los **relatores,** y circunstancias para serlo.
10 Obligaciones de los relatores.
11 Disposiciones posteriores sobre esta materia.
12 Quién se dice **asesor**, y cuántas clases hay de ellos.
13 De las obligaciones y responsabilidad de los asesores.
14 **Escribano,** quién es.
15 Orígen, utilidad y denominaciones de los escribanos.
16 De los escribanos **reales, del número, de concejo,** y **de cámara.**
17 Requisitos para obtener el titulo de escribano.
18 De las obligaciones principales de los escribanos.
19 Prohibiciones á los escribanos,
20 A quién deben pasar los protocolos en los casos que se espresan.
21 Quién sea **receptor,** y cual es el orígen de esta denominacion.
22 Qué se requiere para ser escribano receptor ó de **diligencias.**

Abogado es, el profesor de jurisprudencia que, con título legítimo, defiende en juicio, por escrito ó de palabra, el derecho de un litigante, ó la causa de un reo. Esta voz viene del adjetivo latino *advocatus*

sejeros, testigos, ni abogados, aunque sí procuradores, guardadores y otros oficios que les sean gravosos á ellos y útiles al público; pero la infamia es intransmisible, leyes 8 tit. 16 Part. 3 y glosa 2; 7 tit. 1 y 7 tit. 16 Part. 7; 8 tit. 1 lib. 6 Fuero Juzgo; art. 305 de la Constitucion española de 1812, y 23 de la ley de 23 de diciembre de 1851.

que significa *llamado*, porque entre los romanos, en los negocios que pedian conocimiento de las leyes, *llamaba* cada cual en su auxilio á los que hacian un estudio particular del derecho. Se les daba tambien la denominacion de *patronos y defensores*, y alguna vez la de *oradores*, porque se les veia desplegar en defensa y proteccion de sus clientes todos los recursos de la elocuencia. La ley de Partida (1) les da el nombre de *Boceros*, con que convienen aquellas denominaciones, *porque con voces y con palabras usan de su oficio.*

2—El orígen de esta noble profesion es tan antiguo como el mundo. En España, no obstante, no se conocieron en el foro abogados de oficio, sino hasta los tiempos de D. Alfonso el sabio quien erigió la abogacia en oficio público, honró la profesion de los letrados y estableció que ninguno pudiese ejercerla, sin preceder su exámen y aprobacion, juramento de desempeñala fiel y lealmente, é inscripcion de su nombre en la matrícula de los abogados. *La ciencia de las leyes*, dice la 8 tit. 31 Part. 2, *es como fuente de justicia, é aprovéchase de ella el mundo mas que de las otras ciencias*; y segun el preámbulo del tit. 6 Part. 3, el oficio de los abogados, es muy útil para la mejor decision de los pleitos, porque *ellos aperciben á los judgadores é les dan carrera* para el acierto, y sostienen á los litigantes de manera que *por mengua de saber razonar, ó por miedo ó por vergüenza ó por non ser usados de los pleitos, non pierdan su derecho* (2).

3—Para obtener el título de abogado es necesario

(1) Ley 1 tit. 6 Part. 3.

(2) Véase el principio del tít. 6 y la ley 1 tit. 22 lib. 5 Nov. Recop.

haber cursado los años de jurisprudencia que prescriben los Estatutos ó plan de estudios: ser mayor de diez y siete años (eh): no ser absolutamente sordo, ciego, loco ó desmemoriado, ni pródigo (3): no haber lidiado por precio con fieras, á no ser por probar su fuerza ó por ser bestia dañosa á los de alguna tierra (4): no haber sido condenado por causa de adulterio, traicion, alevosía, falsedad, homicidio ú otro delito tan grave como estos: no estar infamado por otro delito menor que los anteriores, bien que en este caso puede abogar en causa propia y en las de sus parientes ó pupilo, si fuere tutor (5); no estar ordenado *in sacris*, pues el que lo está, á no ser que obtenga dispensa (6), no puede abogar ante jueces seglares, sino en causas propias ó de su iglesia en que fueren beneficiados, ó defendiendo á sus padres, paniaguados, personas pobres ú otras á quienes haya de heredar (7): está prohibido á las mugeres abogar por otro, porque no es decoroso que tomen oficio de varon, y porque *cuando pierden la vergüenza, es fuerte cosa de oirlas,*

(eh) Véanse los números desde el 3 al 9 del tit. 1 part. 2 del tom. I, y los Estatutos de esta Pontificia y Nacional Universidad de San Carlos, decretados en 28 de octubre de 1840. Téngase presente que, conforme al decreto de 5 de diciembre de 1833, no se necesita edad alguna para obtener los grados que exijan ciencia; mas para el ejercicio público de las diversas facultades que la requieran, se guardarán las leyes que exijen determinada edad.

(3) Leyes 2 y 3 tit. 6 Part. 3.—(4) Ley 4 allí.

(5) Leyes 3 y 5 del mismo títilo 6.

(6) Cédula de 3 de agosto de 1801.

(7) Leyes 1 tit. 12 lib. 1 Rec. de Ind. y 5 tit. 22 lib. 5 Nov. Recop. y tit. 9 lib. 1 Fuero Real.

é de contender con ellas (8): los escribanos no pueden ser abogados en negocios que ante ellos pendan, conforme á la ley 25 tit. 16 lib. 2 Rec. de Cast., ni tampoco pueden serlo los jueces letrados, sean propietarios ó interinos, sino es en defensa de sus propias causas, segun la ley de 11 de setiembre de 1820 art. 1.

4--Las obligaciones del abogado son: alegar brevemente sin citar leyes, decretales ni fueros, sino en las informaciones de derecho (9): ver originalmente los procesos (10): abogar de balde por los pobres donde no hubiere abogados asalariados (11): no alegar leyes falsas, ni abogar contra disposicion espresa y terminante de derecho (12). no descubrir á la contraria el secreto de su cliente so pena de falsario, ni aconsejar ó ayudar á ambos en el mismo negocio (13): no abandonar la causa que hubiere comenzado, sino por razon de su injusticia ó por legítimo impedimento (14): no pedir ni pactar estipendio ó ganancia para el caso de salir victorioso en el pleito (15): no abogar en causa en que su padre, yerno, hijo, hermano o cuñado fuere escribano (16): no hacer preguntas

(8) Leyes 3 tit. 6 Part. 3, y 4 tit. 10 lib. 1 Fuero R.

(9) Leyes 1 tit. 14 lib. 11 Nov. Recop., y 14 tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(10) Ley 8 tit. 22 lib. 5 Nov. Rec.

(11) Ley 13, allí.

(12) Leyes 1 tit. 7 Part. 7, 13 citada, y 9 tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(13) Leyes 9 y 15 tit. 6 Part. 3; 1 tit. 7 Part 7; 12 tit. 22 lib. 5 Nov. Rec., y 11 tit. 24 lib. 2 Rec. de Ind.

(14) Leyes 11 tit. 22 lib. 5 Nov. Rec. y 9 tit. 24 cit.

(15) Leyes 11 y 22 allí, y la 7 tit. 24 del mismo código de Indias.

(16) Ley 6 tit 3 lib. 11 Nov. Rec.

sobre lo confesado por las partes (17): no defender en segunda o tercera instancia a la parte contraria de la que defendió en la primera (18): no poner su firma en pedimentos que se hicieren en causas que deben determinarse verbalmente (19); y no hacer partido de seguir y fenecer los pleitos á su propia costa por cierta suma (20) (ei).

5—*Fiscal* es, el funcionario encargado de promover y defender en los tribunales supremos y superiores de la nacion, los intereses del erario y las cau-

(17) Ley 4 tit. 9 lib. 11 Nov. Recop.

(18) Leyes 17 tit. 2 lib. 5. Nov., y 10 tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(19) Ley 1 tit. 13 lib. 5 Nov. cap. 7, y art. 9 cap. 2 de la de 9 de Octubre de 1812.

(20) Leyes 22 tit. 22 lib. 5 Nov. y las del tit. 24 lib. 2 Recop. de Indias.

(ei) Parece escusado decir que los abogados deben usar en sus alegatos y discursos, de conceptos y espresiones moderadas y compuestas, y nunca de ofensivas, injuriosas é insultantes. *No es permitido al abogado*, dice Quintiliano, *usar chanzas pesadas y ofensivas, y mucho menos decir injurias groseras. Este es un gusto inhumano, indigno de un hombre de bien, y que no puede menos de repugnar á un auditorio sabio. Sucede, no obstante, muchas veces, que los litigantes, mas ocupados del deseo de vengarse que del de defenderse, solicitan del abogado este género de elocuencia, y no quedan satisfechos si no mojan la pluma en la masa amarga de la hiel. Pero ¿cual será el abogado, que teniendo algun sentimiento de honor y de integridad, quiera servir tan ciegamente á la cólera y encono de su parte, y hacerse violento y arrojado por un vil motivo de interes, ó por un deseo mal entendido de falsa gloria hacerse indigno ministro de la pasion agena?* Véanse las leyes 7 y 12 tit. 6 Part. 3.

sas pertenecientes á la vindicta pública. En Roma se conocieron varios magistrados cuyas atribuciones, tenian cierta analogia, aunque remota, con los fiscales, como los *cuestores* que cuidaban de la exacta recaudacion de las contribuciones, y los *triunviros capitales* que tenian á su cargo hacer que se ejecutasen las sentencias. En nuestro Fuero Juzgo y en las Partidas (21) hallamos establecidos los *personeros del rey*, y los *patronos del fisco. Patronus fisci*, dice la ley de Partida, *tanto quiere decir, como ome que es puesto para razonar é defender en juicio, todas las cosas é los derechos que pertenecen á la Cámara del Rey.*

6—El ministerio fiscal no se estableció verdaderamente hasta el año de 1315, en el reino de Valencia. Dispúsose entónces que el patronato del fisco se ejerciese por dos funcionarios, el *abogado fiscal* ó simplemente el *fiscal* que debia acusar de todos los delitos, cuidar de que las penas se hiciesen efectivas y defender la jurisdiccion real; y el *abogado patrimonial* à quien competia la defensa de las acciones del real patrimonio y del erario, la de los derechos del monarca en los asuntos civiles y el cuidado de que se recaudasen los impuestos. Fueron creados ademas *procuradores* que entendian en la denuncia de los delitos, si bien bajo la direccion y auxilio de los patronos del fisco, quienes suscribian los escritos de acusacion que aquellos presentaban. Asi subsistió el ministerio fiscal de Valencia, hasta que Don Felipe V dió á los tribunales de justicia de aquel reino la nueva planta que manifiesta el título 8 del lib. 5 de la Nov. Rec., sufriendo es-

(21) Leyes 1 tit. 3 lib. 2 Fuero Juzgo, y 12 tit. 18 Part. 4. Véase la ley 3 tit. 10 lib. 1 Fuero Real.

ta institucion con el transcurso del tiempo las modificaciones que la necesidad hacia indispensables; y por último, las leyes de Córtes de 17 de abril y 9 octubre de 1812 y 13 de setiembre de 813, designaron el número de fiscales que debia haber en los tribunales y audiencias, y dispusieron que en cada partido hubiese un *promotor fiscal* letrado.

7—Este era el ministro destinado á promover la observancia de las leyes penales, ó el que en una causa criminal, era nombrado por el juez para formalizar y sostener la acusacion contra el reo. Esto no se verifica en la República y por tanto es innecesario gastar el tiempo en mayor esplicacion (ej); y concluiremos con decir algo acerca de los *agentes fiscales*, cuyos funcionarios eran unos meros auxiliares de los fiscales, sin carácter ni responsabilidad alguna. Sus funciones estaban reducidas á tomar los autos y firmar el recibo en el libro de conocimientos de las escribanias de Cámara, á llevarlos á los fiscales, examinarlos y hacer relacion de su resultado á estos, estender los escritos en los términos y cuando ellos se lo mandaban, cuidar de poner en limpio los que escribian los mismos fiscales, y á devolver los autos despachados á las escribanias, cancelando los conocimientos.

8—Para ser *fiscal* se requiere ser ciudadano en ejercicio, mayor de treinta años, haber ejercido la abogacia en cualquiera de sus ramos por el término

(ej) En las causas criminales, dijo la ley de 22 de julio de 1826 art. 160, no se nombrará *promotores fiscales* para que sean parte por la vindicta pública en los juzgados de primera instancia. En cuanto al promotor fiscal de la Curia episcopal, véase el tercer Concilio mejicano, lib. 1 tit. 9.

de cinco años y ser de conocida probidad y buenas costumbres (22). A sus pedimentos fiscales nunca se provée aun por los mismos superiores, con clàusulas vagas y generales, ni con la fórmula regular que se usa en los otros pedimentos de parte, como *no ha lugar*: *pidiendo en forma se proveerá, etc.* No puede ser recusado, aunque concurra causa, á no ser que ésta sea muy grave como la de enemistad particular y temible entre él y el recusante: bien que en algunos tribunales aun concurriendo éstas no se admite (23). Le compete el beneficio de restitucion contra el lapso del término probatorio, y el de la apelacion (24), con facultad de pedir se restrinja el que le parece escesivo; y no esta sujeto a la calumnia *presunta* por defecto de prueba de sus acusaciones, y por consiguiente se escusa de la fianza de esta especie; aunque sí es responsable de la calumnia notoria y visible (25).

9—*Relator* es, la persona aprobada y diputada en cada tribunal para hacer relacion de las causas ó pleitos. Los relatores han de tener veinte y seis años y los estudios necesarios segun se requiere para los abogados (26). El provisto para este encargo sucede en todos los pleitos y papeles de su an-

(22) Véase nuestra ley orgánica de tribunales de 5 de diciembre de 1839, art. 4.

(23) Leyes 4 y 5 tit. 2 lib. 11 Nov. Rec. Tapia, *tratado dél juicio criminal*, tit. 4 cap. 1 n. 10. Véase el art. 23 de la ley de *recusaciones* de 23 de diciembre de 1851, en que absolutamente se prohibe que lo sean.

(24) Tapia, lugar citado.

(25) Alfaro, *de oficio fiscal*, glosa 9 n. 38, y ley 5 tit. 1 Part. 7.

(26) Leyes 6 tit. 1 lib. 11 Nov. Recop. y 1 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

tecesor, y hace juramento del buen uso de su oficio, de guardar secreto de lo que pasare en el tribunal y de no llevar mas de sus derechos (27).

10—Son obligaciones de los relatores: 1º hacer las relaciones de las causas ó pleitos con toda exactitud y fidelidad, bajo el concepto de que el que errare en cosa sustancial del hecho, incurre en la pena de diez pesos y otras, perdiendo el oficio si se manifestare inhábil en el desempeño de sus funciones (28): 2º asistir al acuerdo con los procesos que estuvieren vistos, como igualmente á las salas respectivas en las horas acostumbradas (29): 3º abstenerse de abogar en pleitos pendientes en el tribunal (30): 4º hacer verbalmente la relacion en artículos interlocutorios, y por escrito la del pleito que estuviere en definitiva (31): 5º abstenerse de hacer negociaciones en el repartimiento de los procesos, y de vender á otro relator el proceso que les fuere encomendado (32): 6º sacar las relaciones de las causas fiscales dentro del término que se les asigne, y entregarlas al fiscal para que las concierte (33): 7º sacar las relaciones por sí mismos, viendo diligentemente los procesos y escrituras sin encomendarlas à otros, ni sacarlas fuera de sus casas donde las partes puedan saberlo (34): 8º espresar en las relacio-

(27) Leyes 1 tit. 23 lib. 5 Nov. y 2 tit. 22 lib 2 R. I.
(28) Leyes 2 tit. 23 lib. 5 Nov. y 18 tit. 22 lib. 2 R. I.
(29) Leyes 3 de dichos títulos 22 y 23 citados.
(30) Ley 30 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.
(31) Leyes 6 tit. 23 lib. 5 Nov. y 4 tit. 22 lib. 2 R. I.
(32) Leyes 5 tit. 7. lib. 4, y 8 y 9 tit. 23 lib. 5. Nov., y 21 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.
(33) Ley 10 tit. 23 lib. 5 Nov. Recop.
(34) Leyes 11 tit. 23 lib. 5 Nov. y 12 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

nes el nombre de cada testigo, su vecindad y edad, si es pariente de alguna de las partes, ó si concurren en él algunas de las preguntas generales (35): 9º al tiempo de recibirse el pleito á prueba y de llevarse para definitiva, han de espresar si hay poderes dados por bastantes, si estan en el proceso y otras circunstancias (36): 10º asentar y firmar sus derechos en el proceso, dando á las partes conocimiento de ellos, aunque no lo pidan (37): 11º no llevar derechos por lo que despachen de oficio ó á pedimento fiscal ó por los pobres, y poner en la segunda ó tercera hoja del proceso, recibo rubricado de los derechos que perciban (38): 12º no exijir de la parte presente los derechos de la ausente ó rebelde, pena de suspension de oficio (39); y 13º que los relatores no reciban peticiones sin firma de la parte ó sus procuradores, y despachen brevemente los pleitos de los indios con moderados derechos (40).

11—Por el art. 67 de la ley de tribunales de 21 de marzo de 1826 era obligacion del secretario de la Suprema Corte de Justicia hacer la relacion de las causas y negocios, la cual segun el artículo siguiente, debia entregarse con los autos à las partes ó sus procuradores y letrados, para que la cotejasen con éstos, cuya diligencia se omitia por convenio de las mismas partes; mas en el art. 55 del reglamento

(35) Leyes 12 tit. 23 lib. 5 N. y 13 tit. 22 lib. 2 R. I.

(36) Leyes 4 tit. 7 lib. 4 Nov., y 6, 16 y 17 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(37) Leyes 26, 27 y 30 tit. 22 lib. 2 Rec. de Indias.

(38) Nota 3 tit. 16 lib. 4 Nov., y leyes 22, 26 y 27 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(39) Ley 25 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

(40) Nota 3 tit. 7 lib. 4 Nov. y ley 28 tit. 22 lib. 2 Recop. de Indias.

interior de la Corte de 22 de marzo de 1832 se estableció, que los magistrados, escepto el presidente de ella, desempeñasen el destino de relatores, turnándose en la lectura de los espedientes; disponiéndose tambien en el 145 de la misma ley, que las causas pudiesen verse íntegras ó por relacion (41).

12—*Asesor* es, el letrado que asiste al juez lego con sus consejos, en lo relativo à la administracion de justicia. Hay dos clases de asesores: unos son especificos ó *voluntarios*, y otros titulares o *necesarios*. *Voluntarios* son, los que á su voluntad y arbitrio nombra el juez lego en los juicios contenciosos, para lo cual se vale regularmente de alguno de los abogados del pueblo: *necesarios* son los que tienen título de tales y obligacion de aconsejar á determinados jueces (42).

13—Las obligaciones de los asesores, en cuanto al desempeño de su oficio, son las mismas que las de los jueces; y en órden à su responsabilidad debe distinguirse: si el asesor es *titular*, esto es, si tiene nombramiento del gobierno, siempre es responsable de las providencias ó determinaciones que consulte; pero si es *específico* ó voluntario, no lo es sino en el caso de que se justifique que hubo colusion ó fraude en el nombramiento (43).

(41) Véase la ley 3 tit. 16 lib. 11 Novísima, ó 6 tit. 9 lib. 4 Rec. de Cast., la cual manda que los jueces, para sentenciar los pleitos, vean los procesos por sus personas, y no por relacion de los escribanos; y que cuando ellos lo hubieren de hacer, sea en presencia de las partes.

(42) Leyes 22 tit. 9 Part. 2, y 1 y 2 tit. 21 Part. 3. Tapia, lib. 3 tit. 2 cap. 4 n. 2 y 3.

(43) Ley 9 tit. 16 lib. 11 Nov. Recop. Véase la real órden de 6 de diciembre de 1803, en que se manda

14—*Escribano*, esto es, el oficial ó secretario público destinado à redactar cuanto pasa en el juicio y autorizar las escrituras de los autos y contratos que se celebran entre particulares, lo define la ley (44) diciendo ser: *Ome que es sabidor de escribir, é entendido en el arte de la escribania*; á que añade Gregorio Lopez (45), *y tiene autoridad pública, porque está constituido por el que tiene pública autoridad.*

15—La utilidad de la institucion de los escribanos, cuyo orígen se remonta hasta la antigüedad, es igual á la importancia y aun necesidad de que se fije y conserve para siempre todo cuanto pasa en los juicios y se estipula en las convenciones. En Roma tuvieron diferentes nombres; y asi, se llamaban *scribœ* generalmente á todos los que sabian escribir; *cursores ó logographi*, porque escribian tan apriesa como se habla; *notarii* porque escribian por notas ó minutas; *tabularii* ó *tabelliones* porque escribian en tablillas; *argentarii*, para designar á los que no asistian à otros contratos que á las negociaciones de dinero, como las de préstamos ó depósitos; *actuarii*, para denotar á los que redactaban las actas públicas y las decisiones ó decretos de los jueces; y *chartularii*, para significar á los que reconocian y guardaban los instrumentos públicos. Adoptáronse tambien entre nosotros las denomina-

que en las determinaciones de los pleitos mercantiles se evite cuanto sea posible la intervencion de letrado, y que en el caso grave de necesitarse el dictámen de asesor, *de que no podrán separarse los jueces*, sea aquel responsable de los que diere en el preciso punto de derecho.

(44) Leyes 1 y 2 tit. 19 Part. 3.

(45) Glosa 1 de dicha ley 1.

ciones de los romanos, y asi hemos llamado a nuestros escribanos *tabeliones* y tambien *cursores*, no precisamente porque hayan escrito tan depriesa como se habla, sino por la celeridad con que han debido y deben practicar las diligencias que por los jueces se les confian: *cartularios*, de la palabra *carta* que significaba en lo antiguo toda especie de escritura ó instrumento; y *actuarios*, con cuyo nombre se designan los escribanos ante quienes pasan los autos ó se instruyen los procesos. Dícense tambien *secretarios*, no solo porque efectivamente lo son de los jueces y magistrados, cuyas órdenes y decretos redactan, sino por razon del secreto *(poridat)*, que deben guardar en el desempeño de su oficio. Los nombres de *notario* y *escribano*, regularmente se confunden; pero aun cuando en cuanto al honor, privilegios, dignidad y abono de la persona, no haya diferencia, la hay sí, en cuanto al ejercer y actuar; porque por *notario* se entiende por lo comun, el apostólico ó que actúa en los negocios eclesiásticos (ek); y por *escribano*, el que entiende en los

(ek) Para los negocios eclesiásticos hay en cada diócesis cierto número de *notarios mayores*, y de *notarios ordinarios*, á voluntad de los prelados diocesanos. Los *mayores* son examinados en cada oblispado á presencia del provisor ó vicario general, por los demas notarios mayores, haciendo éstos juramento y votando su admision secretamente: *Concilio mejicano* 3º, lib. 1º tit. 10, y el *Tridentino*, sess. 22 cap. 10. Dentro de dos meses, contados desde su nombramiento hecho por el prelado, ó por quien corresponda, tienen que examinarse de escribanos: ley 37 tit. 8 lib. 5 Rec. de Ind., y obtener *fiat* de notaría en la cámara, bajo la pena de quedar vacante la plaza. Los notarios *ordinarios*, que son los que se nombran para estar de asiento en los

contratos y causas civiles y criminales sujetas solo á la jurisdiccion ordinaria (46).

16—Los escribanos estan clasificados en escribanos *reales*, *numerarios*, *de concejo ó ayuntamiento* y de *cámara*: los escribanos *reales* pueden ejercer su profesion en todo el reino ó nacion, menos donde los haya numerarios: éstos solo pueden ejercer su oficio en el pueblo ó distrito á que estan asignados, pero lo ejercen allí con esclusion de otros cualesquiera, y se llaman *numerarios* por ser fijo y determinado el número de los que hay en cada punto: los *de ayuntamiento ó de concejo*, son los que estan encargados de asistir á las juntas municipales ó sesiones de este cuerpo, y autorizar sus acuerdos ó resoluciones (47); y por fin, escribanos *de Cámara* se dicen los que actúan ante los tribunales

partidos, como para receptores y hacer diligencias fuera de la capital, son elejidos de entre los que tienen título de escribanos, y examinados por dos notarios mayores; pero está permitido á los Ordinarios que para actuar en las causas criminales de los clérigos puedan nombrar solamente un notario que esté ordenado *in sacris*, el cual no dede sacar notaría de reinos, ni actuar en otra clase de negocios: Pragm. de 18 de enero de 1770, y real cédula de 4 de julio de 1768. Escriche, palabra *Notario*.

(46) Leyes 7 tit. 9 Part. 2, y 2 tit. 18 lib. 8 Orden. de Castilla; Cornejo, *Diccion. hist. for.* v. *Notarios*, tomo 2.

(47) En los lugares y aldeas donde no hay escribano público se llama *fiel de fechos* la persona nombrada por el Ayuntamiento para asistir á sus sesiones con la calidad de secretario, y auxiliar á la justicia con la de escribano en la redaccion de los autos y diligencias competentes en los negocios de su atribucion. Mas no puede autorizar escrituras, contratos ni testamentos.

superiores ó Audiencias.—Entre nosotros, los escribanos ó son *nacionales* y corresponden á los que se denominaban antiguamente *reales, ó públicos* que son los que tienen oficio propio, en el que protocolan ó archivan los instrumentos que ante ellos se otorgan (48).

17—Para obtener el título ó *fiat* de escribano se requiere: 1.º ser persona lega y no eclesiástica (49): 2.º tener veinte y cinco años cumplidos y no menos, no pudiendo obtenerse dispensa de edad (50): 3.º haber adquirido la competente instruccion, la cual se prueba con certificacion de práctica de dos años tenida con algun escribano, uno en los juzgados municipales y otro en los de 1ª Instancia, y se califica en el examen que debe sufrir ante el Tribunal Supremo de Justicia, acreditando previamente haber estudiado y examinádose en gramatica castellana (51): 4.º la precedente y muy rigorosa informacion de arregladas costumbres, instruida ante la autoridad política, con audiencia del ministerio síndico (52); y 5.º finalmente, que presente el título de tal escribano ante la justicia y ayuntamiento del

(48) Sala mejicano, edicion de 1849, tomo 4 página 121 núm. 40. Véase sobre escribanos nacionales el decreto de 16 de junio de 1831.

(49) Leyes 2 tit. 19 Part. 3 y 37 tit. 8 lib. 5 Rec. Ind.

(50) Leyes 2 y 10 tit. 15 lib. 7 Nov. Rec. La parte espositiva del decreto de 28 de noviembre de 1829, no deja duda de que pueden concederse estas dispensas.

(51) Decreto de 27 de noviembre de 1834, art. 8 y 9; y leyes 1. 3, 4 y 5 tit. 8 lib. 5 Rec. de Indias, y 4 tit. 19 Part. 3.

(52) Decreto de 27 de noviembre cit., art. 2, 3 y 4. Ordenanza de Intendentes, art. 54, y leyes 6, 7 y 8 tit. 15 lib. 7 Nov. Recop.

pueblo donde se establezca, para que se le reconozca y tenga por tal escribano, sin que por ello se le lleven derechos (53).

18—Las obligaciones principales del escribano son: 1ª guardar secreto en las cosas que le fuere encargado (54): 2ª estender las escrituras cumplidamente, sin usar de abreviaturas, ni poner la letra inicial en lugar de un nombre, sea de persona ó de pueblo, y sin espresar las cantidades ó fechas con números ó guarismos, sino con todas sus letras (55): 3ª espresar en las subscripciones de las escrituras, el lugar de su domicilio ó vecindad (56): 4ª tener un libro de registro llamado *protocolo* (el), en que siente las escrituras que las partes le mandaren hacer, estendiéndolas con arreglo á los minutarios, sin mudar ni alterar cosa alguna sustancial (57): 5ª asentar en el protocolo las escrituras antes de dar copias

(53) Leyes 13 tit. 15 lib. 7 Nov., y 5 tit. 8 lib. 5 Rec. de Indias. Los escribanos deben pagar diez pesos á la arca de la Universidad, no debiendo librárseles el título, sin que antes acrediten el pago con recibo del tesorero. Decreto de 2 de setiembre de 1841, art. 4.

(54) Ley 4 tit. 19 Part. 3.

(55) Leyes 7 tit. 19 allí, y 29 tit. 23 lib. 2 y 21 tit. 8 lib. 5 Recop. de Indias.

(56) Leyes 5 tit. 8 lib. 5 Recop. de Indias, y 13 tit. 15 lib. 7 Nov. Recop.

(el) No deben confundirse ni tenerse por sinónimos los nombres *protocolo* y *registro*, pues el primero es el conjunto ó reunion de los segundos; es decir, que cada instrumento es un registro, y reunidos y cosidos todos, forman el *protocolo*, cuya palabra viene de la griega *protos* que significa *primero en su línea,* y de la latina *collium ó collatio,* que significa *comparacion* ó *cotejo.*

(57) Leyes 9 tit. 19 Part. 3 y 1 tit. 23 lib. 10 Nov.

signadas à los interesados (58): 6ª dar á las partes copias de las escrituras que ante ellos pasaren, dentro del término de tres dias siguientes al en que les fueren pedidas, si solo contienen dos pliegos, y dentro de ocho dias si escedieren de dos pliegos; teniendo entendido que no pueden dar á cada parte, sin mandamiento de juez, mas que una sola copia, cuando de la duplicidad pudiera seguirse perjuicio á la otra (59): 7ª dar fé y testimonio de lo que ante ellos pasare, si fuere de dar y se les pidiere por persona interesada, dentro de los tres dias siguientes al hecho (60): 8ª hacer en las escrituras la advertencia de que se ha de tomar razon de ellas en el oficio de hipotecas dentro del término de seis dias si el otorgamiento de las especiales fuere en la Capital, y dentro de un mes si fuere en otro pueblo (61): 9ª conservar con todo cuidado, bajo su responsabilidad, los registros y protocolos, y signarlos

(58) Ley 1 tit. 23 lib. 10 Nov. Rec.

(59) Leyes 10 y 11 tit. 19 Part. 3, y 3 y 5 tit. 23 lib. 10 Nov. Rec. Por el art. 42 de la ley de 19 de agosto de 1831 está dispuesto lo siguiente: « Todos los « que otorgan escrituras públicas, estan obligados á sa- « car su testimonio dentro de *sesenta dias*. Al márgen « de ellas debe ponerse razon de la fecha en que se « hayan dado: no verificándose en aquel tiempo, la es- « critura *caduca*.»

(60) Ley 3 citada.

(61) Escriche, palabra *Oficio de hipotecas*, edicion mejicana, y ley 3 tit. 16 lib. 10 Nov. Por real cédula de 23 de mayo de 1791, se aprueban las providencias que tomó esta Audiencia, en conformidad de lo dispuesto en las cédulas de 9 de mayo de 1778 y 16 de abril de 783, para el establecimiento del oficio de hipotecas, derechos de los anotadores y término señalado para el registro de los instrumentos, que es: el de *ocho*

al fin de cada año (62): 10ª notar y firmar á la espalda de los instrumentos y procesos, los derechos causados por las partes (63): 11ª estender todas las diligencias judiciales y escrituras públicas en el papel sellado que corresponda (64): 12ª pasar anualmente á la administracion general de rentas las relaciones de las escrituras en que se ha devengado alcabala (65): 13ª dar aviso al tesorero de la Universidad, dentro de tres dias si es en la capital, ó al cura parroco respectivo si es en otra parte, de los testamentos que hubieren otorgado; y en los dias 2 de enero y 2 de junio de cada año, remitiran ó al tesorero ó al Corregidor respectivo, listas de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado (66): 14ª servir los oficios por sí mismos y no por sustitutos (67); y 15ª escribir por sí mismos en los procesos las deposiciones de los testigos, sin que esté presente persona alguna, guardando la debida legalidad y el correspondiente sigilo; pero en caso de impedimento por vejez ó enfermedad, puede nombrar otro escribano que actúe por él en pleito comenzado ante él mismo, pues en el que estuviere por empezar lo ha

dias para los instrumentos otorgados en la cabecera donde se halla el anotador; y el de *cuatro meses* para los otorgados en los pueblos de su jurisdiccion, cuya disposicion es la que rije en la República.

(62) Leyes 4 y 6 tit. 23 lib. 10 Nov. y 60 tit. 23 lib. 2 y 20 tit. 8 lib. 5 Rec. de Ind.

(63) Leyes 18 tit. 15 lib. 7 y 8 tit. 35 lib. 11 Nov. Recop.

(64) Ley 1 tit. 24 lib. 10 Nov. y Decreto de 26 de octubre de 1839.

(65) Decreto de 28 de agosto de 1832 art. 53.

(66) Decreto de 2 de setiembre de 1841, art. 6 y 7.

(67) Ley 12 tit. 15 lib. 7 Nov. Rec.

de nombrar la justicia (68).

19—Está prohibido á los escribanos: 1° autorizar escritura ó contrato que quisieren otorgar ante ellos personas desconocidas, á no ser que les presenten dos testigos que digan que las conocen; debiendo el escribano espresar en la escritura los nombres y vecindad de estos testigos en su caso, ó manifestar que conoce personalmente á los otorgantes (69): 2° intervenir en contratos ó compras al fiado que hicieren los hijos de familia ó los menores sin licencia de sus padres ó curadores (70): 3° autorizar los contratos que hicieren al fiado cualesquiera personas, mayores ó menores, á condicion de pagar cuando se casen ó hereden ó sucedan en algun mayorazgo, ó tengan mas renta ó hacienda (71): 4° hacer escrituras en que alguno ponga bienes en cabeza de otro con perjuicio del Estado ó de tercero (72): 5° hacer escrituras en que los legos se sometan á la jurisdiccion eclesiástica, sobre cosas profanas ó no pertenecientes á la iglesia (73): 6° usar su oficio ante jueces eclesiásticos, contra legos en causas que no competan á la jurisdiccion eclesiástica (74): 7° ser abogados de las partes ó favorecerlas en los pleitos que ante ellos penden (75): 8° actuar en causas de sus hermanos ó primos hermanos, donde hubiere copia de escribanos, y en las que fueren procuradores ó abogados sus padres, hi-

(68) Leyes 7 tit. 8 lib. 1 Fuero Real, 5 tit. 19 Part. 3 y 7 tit. 11 lib. 11 Nov. Rec.
(69) Ley 2 tit. 23 lib. 10 Nov. Rec.
(70) Ley 17 tit 1 lib. 10 Nov.—(71) Dicha ley 17.
(72) Ley 2 tit. 9 lib. 10 Nov. Rec.
(73) Leyes 7 tit. 1 lib. 4 y 5 tit. 1 lib. 10 Nov. Rec.
(74) Ley 7 tit 1 lib. 2 Nov. Rec.
(75) Ley 6 tit. 22 lib. 5 Nov. Rec.

jos, yernos, hermanos ó cuñados (76): 9° ser fiadores, abonadores ó aseguradores de rentas reales, de propios ó de concejo en el lugar en que ejercen sus oficios, ó tomarlas en arriendo por si o por medio de otra persona (77): 10° admitir los depósitos judiciales a que dieren motivo las causas que ante ellos pendieren (78): 11° otorgar instrumento alguno á favor suyo, ó de su muger, padre, madre, hijo, hermano, yerno, suegro y demas parientes hasta el cuarto grado; pero puede autorizar todos cuantos sean contra si, ó contra los nominados parientes, y tambien hara fé el que otorgue como apoderado de alguno a favor de otro, y su propio testamento por sí y ante sí, pudiendo tambien sustituir del mismo modo los poderes que á él se le confieran, sin necesidad de recurrir á otro escribano (79): 12° autorizar obligacion con juramento de dar, hacer ó pagar alguna cosa ó cantidad á otro, sino en los casos permitidos por derecho (80).

20—Ultimamente, para concluir este asunto diremos, que en caso de muerte ó ausencia de la República, ó de privacion del oficio, deben pasar los protocolos del escribano al que lo sea del Ayuntamiento y en su defecto á la justicia (81).

(76) Ley 6 tit. 3 lib. 11 Nov. Rec.
(77) Ley 7 tit. 9 lib. 7 Nov. Rec.
(78) Ley 1 tit 2 lib. 11 Nov. Rec.
(79) Escriche, palabra *Instrumento público.*
(80) Leyes 6, 7 y 22 tit. 1 lib 10, 3 tit. 22 lib. 12 Nov. y 25 tit 1. lib 1 Rec. de Ind.
(81) Leyes 10. 11 y 12 tit 23 lib. 10 Nov. Rec. y 19 tit. 8 lib 5 Rec. de Ind. Véase sobre esta materia de escribanos, lo dispuesto últimamente en el decreto del Gobierno de 30 de marzo de 1854, y declaratoria de 18 de abril del mismo año.

21—*Receptor* es, el escribano que en virtud de facultad o comision de un tribunal, sale á practicar diligencias judiciales (82). El Supremo Consejo tenia antiguamente cien que despues se redujeron á cincuenta. Se les dió el nombre de *receptores*, no solo por estar destinados por los tribunales para que evacuasen sus mandatos, sino principalmente porque habia algunos encargados de recojer ó *recibir* los caudales, multas y otras penas que se imponen á los culpados, siendo este el orígen de su denominacion.

22—Para recibirse de escribano receptor basta tener la edad de veinte y dos años; ser persona de fidelidad, inteligencia y confianza, y que precedan las demas calificaciones que se requieren para ejercer este cargo (83). Se les da tambien el nombre de *escribanos de diligencias*; pero sus funciones son las mismas que las de los receptores, y entre nosotros es un oficial de la escribania, nombrado por el juez con aprobacion de la Corte cuando el escribano no basta para hacer por sí todo lo que ocurre en el juzgado (84).

(82) Véanse las leyes de los títulos 28 lib. 5 Nov. Rec. y 27 lib. 2 Rec. de Indias.

(83) Decreto dé 28 de noviembre de 1829, y leyes 1 y 3 tit. 27 lib. 2 Rec. de Ind.

(84) Decretos de 5 de diciembre de 1839 art. 60 y 64, y de 22 de marzo de 1832, en cuyo art. 89 y en la seccion que habla del *secretario* de la Suprema Corte de Justicia, se dice: «Los escribientes receptores harán las notificaciones dentro de veinticuatro horas, escribirán lo que les designe el secretario, y sustituirán á los oficiales mayores en sus ausencias y enfermedades.»

TITULO XVII.

DEL OFICIO DEL JUEZ.

SUMARIO.

JUEZ llamamos á una persona pública, constituida por legítima autoridad con jurisdiccion para ejercer justicia, dando á cada uno de los litigantes lo que le corresponde, conforme à derecho y al resultado del proceso (1) (em).

(1) Ley 1 tít. 4. Part. 3. *Los judgadores que facen sus oficios como deben, deben haber nome, con derecho de jueces; que quier tanto dezir, como omes buenos que son puestos para mandar, é fazer derecho.*

(em) Aunque bajo la denominacion de *Judgadores* se comprenden los magistrados ú oidores de los tribunales supremos, la voz *juez*, equivalente á aquella, se aplica con mas propiedad á los que desempeñan este cargo en primera instancia. Tres son los requisitos mas indispensables para ser juez, á saber: edad competente, ciencia y aptitud legal. En cuanto á la edad, previene la ley que todo juez ordinario haya de tener veinte y seis años por lo menos, siendo letrado, por deber administrar justicia por sí solo, y veinte si fuere lego por deber hacerlo con acuerdo de asesor: leyes 3 y 6 tít. 1 lib. 11 de la Nov. Rec., y 3 tít. 4 Part. 3. La instruccion y ciencia debe comprobarse con el título de abogado, conforme espresa la ley 6 citada, y ademas por lo que respecta á su aptitud legal, no puede ser juez el loco, fátuo, sordo, ciego, pródigo, enfermo habitual, la muger, el religioso, el clérigo

2—El juez puede ser eclesiástico ó secular. *Eclesiástico* es el que ejerce la jurisdiccion eclesiástica, ó para causas puramente espirituales ó conexas, ó en personas del fuero eclesiástico: y juez *secular* es, el que ejerce la jurisdiccion real, y en causas profanas, del que aqui se trata (en). La *ju-*

de órdenes mayores en asuntos que no sean eclesiásticos, ni tampoco el de mala conducta, ó que no tenga la conveniente imparcialidad: leyes 4, 9 y 10 tít. 4 Part. 3, y 4 tít. 1 lib. 11 Nov. Mas segun nuestra ley orgánica de tribunales de 5 de diciembre de 1839 art. 50, para ser juez de primera instancia, se necesita ser mayor de veinticinco años, ciudadano en ejercicio de sus derechos, abogado recibido y aprobado conforme á las leyes, y ademas, gozar de buen concepto público.

(en) La ley 1. tít, 4 Part. 3 divide los jueces en *ordinarios, delegados* y *árbitros*, llamando *ordinarios* á los que ejercen jurisdiccion ordinariamente ó en virtud de su mismo oficio: *delegados*, á los que solo tienen facultad cometida por el rey ò por algun tribunal ó juez ordinario, para sustanciar y decidir algunos pleitos señalados; y *árbitros* ó jueces *de alvedrio*, á los escojidos por ambas partes para librar alguna contienda que hubiere entre ellas. Mas tomando á los jueces en mayor escala, y considerados con respecto á la distincion de las dos potestades, espiritual y temporal, se dividen en *eclesiásticos* y *seculares:* con respecto á la estension y duracion de su poder, en *ordinarios* y *estraordinarios*: con respecto á la ciencia, en *letrados* y *legos:* con respecto á la materia de que conocen, en *civiles* y *criminales:* con respecto á la validez de sus actos y decisiones, en *competentes* é *incompetentes;* y finalmente, con respecto á su grado, en *inferiores*, *superiores* y *supremos*. Hablando en general, es juez *ordinario* todo el que juzga ó ejerce jurisdiccion por derecho propio de su oficio, ya ejerza la jurisdiccion real ó comun, ò cualquiera de las es-

risdiccion que es propiamente la que constituye al juez, no es otra cosa: que *una potestad de conocer y sentenciar en causas civiles y criminales, concedida por pública autoridad.* Se dice que compete por pública autoridad, porque toda jurisdiccion ó es o dimana del monarca por título lejíti-

peciales ó privilegiadas, como la eclesiástica, la militar, la de hacienda, y la de comercio, ya la ejerza en primera, segunda ò tercera instancia; de suerte que el juez ordinario en este sentido lato, no se opone sino al juez delegado y al árbitro ó avenidor, que son jueces *estraordinarios,* asi como los llamados *pesquisidores*; pero en sentido mas estrecho, se llaman jueces *ordinarios* tan solamente los que ejercen la real jurisdiccion ordinaria ó comun, por contraposicion á los que ejercen las especiales ó privilegiadas. Dos clases hay de jueces *árbitros:* unos nombrados para que juzguen segun derecho, y otros para componer como amigos el negocio que se les somete. Los primeros se llaman *árbitros juris*, y los segundos *arbitradores* ó amigables componedores. *Compromiso* es, *el convenio en que los litigantes dan facultad á una ó mas personas para que decidan sus diferencias* y *pretensiones;* y las cuales han de proceder con arreglo á las facultades que se les dieren en el compromiso, verificándolo como los jueces ordinarios si fueren *árbitros de derecho*, ó del modo que mejor les parezca, como amigos, si fuesen *arbitradores.* El compromiso debe constar en escritura pública, y solo vale cuando recae sobre asunto dudoso, y de ningun modo sobre delitos ó causas de matrimonio. El pronunciamiento de los árbitros se llama *sentencia* y el de los arbitradores *laudo*, y tanto este como aquella se dicen *omologados* cuando han sido consentidos por las partes, mediante el silencio de diez dias. Véanse las leyes 22 á 35 tít. 4, y 17 tít. 22 Part. 3: 4 tít. 17 lib. 11 Nov. y Curia Filip. lib. 2, *com. terr.*. cap. 14.

mo, sin que pueda tener orígen de particulares (2).

3—La jurisdiccion en general, se divide en *suprema*, á que llaman *sumo imperio* y en jurisdiccion absolutamente dicha. El sumo imperio ó suprema jurisdiccion es, la que únicamente reside en el emperador, rey ó príncipe soberano que no reconoce superior en lo temporal: v. g., el rey de España en todos los dominios de la península y en la América (3); y *jurisdiccion*, solamente aquella que es concedida por el dueño de la suprema para el conocimiento y decision de cualesquiera especie de causas civiles y criminales (eo).

4—A toda jurisdiccion verdadera esta anexa la potestad de hacer cumplir las sentencias que se pronuncien, y á esto se llama *imperio ó potestad armada*. Este imperio es, ó *mero* ó *misto*: *imperio mero* es, la facultad y poder para hacer justicia, castigando a los delincuentes con muerte, azotes, destierro etc. (4), á lo que tambien llaman *jurisdiccion criminal*. *Misto imperio* es, la potestad de conocer y terminar los pleitos civiles haciendo ejecutar la sentencia; y ésta tienen todos aquellos á quienes compete la *jurisdiccion civil*, la que sin este imperio seria ilusoria, no pudien-

(2) Leyes 1 y 2 tít. 1 lib. 4 y 1 tít. 3 lib. 3 Rec. de Cast. leyes 1 y 2 tít. 1 lib. 4 y 1 tít. 5 lib. 5 Nov. Rec.

(3) Dicha ley 1 tít. 1 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 1 lib. 4. Nov. R.

(eo) La suprema jurisdiccion, tanto en lo civil como en lo criminal, reside radical y esencialmente en la nacion, y su ejercicio está depositado en los magistrados y tribunales establecidos por las leyes: *Acta constitutiva* art. 12.

(4) Ley 18 tít. 4 Part. 3.

do hacer efectiva la sentencia dada, por medio de ejecucion, multa, exaccion de prenda, cárcel ú otros semejantes (ep).

5—La jurisdiccion se divide de varios modos: una hay que se dice *voluntaria*, y otra *contenciosa*. La 1.ª es, la que se ejerce en algunos casos en que no hay parte contraria á quien citar: v. g., en la manumision de un siervo. La contenciosa, por el contrario, es aquella que no se puede ejercer sin citar y oir à la otra parte: v. g.,cuando se intenta una accion en juicio contra otro (eq).

(ep) Tambien se toma la palabra *jurisdiccion* por el distrito ó territorio á que se estiende el poder de un juez; por el termino de algun lugar ó provincia, é igualmente por el *tribunal* en que se administra la justicia, llamado *foro* ó *fuero*. En este sentido se dice *fuero ordinario, eclesiástico, militar, mercantil* etc. con relacion á las respectivas autoridades y tribunales en que se conoce de las causas ó negocios comunes, eclesiásticos, militares y de comercio. Asi se dice tambien *declinar jurisdiccion*, cuando el juez ó tribunal no es competente para el emplazado: *prorogar la jurisdiccion*, cuando este se sujeta al juez ó tribunal incompetente por consentimiento espreso ó por algun acto de contestacion: *reasumir la jurisdiccion*, cuando el superior toma en sí la que otro tenia, y *refundir la jurisdiccion* cuando recae en una sola persona ó en pocas la jurisdiccion que residia en muchas mas. *Curia Filip.* part. 1 § 5.

(eq) Jurisdiccion *voluntaria* dicen los autores que es, la que se ejerce *inter volentes* ó *in volentes*, esto es, á solicitud ó por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, ó en virtud de la demanda de una sola parte, mientras no deba ò no pueda comunicarse por el juez á la otra que tenga interes en contradecirla. La *contenciosa* se ejerce *inter invitos* ó por mejor decir *in invitos*, esto es, entre ó sobre los

6—Se divide tambien la jurisdiccion en *ordinaria, delegada* y *prorogada*. *Ordinaria* es, la que se ejerce en virtud del oficio á que le está concedida por derecho. Tal es la que ejercen los jueces superiores del real Consejo, chancillerias y audiencias reales, y sus inferiores como los correjidores, alcaldes mayores y ordinarios (5). *Delegada* es, aquella que se concede por juez mayor ordinario, á menor ó á persona particular, para que administre justicia en algun negocio especial en que no tenia poder el delegado (6); y *prorogada* es, aquella que se concede por las partes á un juez estra-

que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio á pesar suyo ó contra su voluntad, á instancia ó solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama *contenciosa*, tomando su nombre de la *contencion* ó disputa que ajita á las partes. La *voluntaria*, pues, se ejerce *inter volentes*, en la adopcion, lejitimacion, insinuacion de donaciones y en cualesquiera otros actos en que interviniendo dos partes, no hay contradiccion de ninguna de ellas: ejércese *in volentes* en la apertura y protocolizacion de los testamentos cerrados, en los interdictos sobre posesion hereditaria y otros: mientras no se presenta contradictor; en el nombramiento de tutor y curador, en los espedientes sobre venta de bienes y transacciones de menores, en el depósito de los hijos menores que pretendan casarse contra la voluntad de sus padres, y de una muger casada que pone demanda de divorcio; en la habilitacion de la muger casada para poder contraer ó comparecer en juicio, en ausencia ó demencia de su marido; en la formacion de espedientes sobre dispensas de ley, y finalmente en las informaciones *ad perpetuam*. Escriche, palabra *Jurisdiccion voluntaria*.

(5) Ley 1 tít. 4 Part. 3.

(6) Dicha ley al fin.

no é incompetente, que por tanto no tiene mando en el que se la da, ni en sus cosas, por cuya accion se hace su súbdito, siendo prorogable la jurisdiccion. Por falta de esta condicion no puede un clérigo someterse á un juez real, ni un secular al eclesiastico (7). La *prorogacion* puede ser *espresa* ó *tácita*: *espresa* es, cuando las partes se convienen espresamente en que un juez, que para las dos ó para alguna de ellas no era competente, conozca de su pleito y lo sentencie; y *tácita*, es la que se hace por algun hecho que manifiesta la voluntad de prorogar; como si el reo contestare el pleito ante un juez incompetente sin objetar la incompetencia (8). Puede prorogarse la jurisdiccion, de *persona* á *persona*, ó de *causa* a *causa*; pero parece mas probable que no se podrá de *lugar* a *lugar*, ni de *tiempo* á *tiempo* porque el juez fuera de su lugar ó de su tiempo, ya no es mas que un particular, á quien por no tener jurisdiccion alguna, no se le puede prorogar (er).

(7) Ley 13 tít. 1 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 8 tít. 1 lib. 4 Nov. Rec.

(8) Leyes 32 tít. 2 y 20 tít. 4 Part. 3.

(er) Se proroga la jurisdiccion de *persona* á *persona*, cuando los litigantes se sujetan á un juez no propio para que conozca de su pleito y lo termine: de *causa* á *causa*, cuando los litigantes consienten en que el juez que solo tiene facultad de conocer en causas hasta determinada cantidad, conozca de otra mayor: de *tiempo* á *tiempo*, cuando el término dentro del cual debia concluirse una causa, se estiende con consentimiento de las partes. de manera que aun pasado aquel término se determina por el juez; y de *lugar* á *lugar*, cuando el juicio se entabla y sigue en lugar diverso de aquel que era debido. Para que la *prorogacion* en caso de tener lugar surta sus efectos,

7—Finalmente, toda jurisdiccion, como indicamos desde el principio, se divide en *eclesiástica* y *secular*. *Eclesiástica* es, la que dimana del Sumo Pontífice; y *secular* la que procede del emperador, rey ó príncipe, que no reconoce superior en lo temporal (es). Ambas jurisdicciones tienen su diferente fuero para conocer privativamente de las causas que les pertenecen, y cuando son de ambas se llaman de *misto fuero*. Al del eclesiastico, segun ya dijimos, tocan las *espirituales* y anexas á ellas, aunque sea entre seculares, y las de clérigos seculares y regulares, como à sus súbditos. Al fuero *secular* pertenece el conocimiento de las causas temporales y profanas, aunque sea entre eclesiasticos; y de *misto fuero* son aquellas en que pueden conocer por prevencion el juez eclesiastico y secular, siendo regla general, que *el actor debe seguir el fuero del reo* (et).

es necesario que los actos judiciales sean espontáneos, que el juez tenga jurisdiccion y no medie protesta; y que ademas las partes puedan hacerla, por cuya circunstancia ni los eclesiásticos, militares, ni comerciantes pueden prorogar la jurisdiccion del juez ageno, porque su fuero está concedido á la clase, y porque *privatorum pactis juri publico derogari non potest.* L. 45, § 1 D. *de reg. jur.*

(es) Llámase tambien jurisdiccion *acumulativa* ó *preventiva,* aquella por la cual puede un juez conocer á prevencion, de las mismas causas que otro; á diferencia de la *privativa* que es la que se confiere á aquellos á quienes se comete una causa ó cierto género de causas, con inhibicion de los demas jueces de cualquiera clase que sean. *Curia Filip.* part. 1 § 4 n. 13.

(et) En esta materia es, en efecto, regla general, que el actor debe seguir el fuero del reo: *actor sequitur forum rei.* Por ella se previene que el actor, al proponer

8—Por lo que hace al oficio ú obligaciones anexas al oficio del juez, la primera es, juzgar y decidir los pleitos con arreglo á las leyes y costumbres del reino, provincia ó lugar en donde e-

su demanda, busque precisamente aquel juez que tenga toda la autoridad necesaria para conocer y terminar el negocio que trata de entablar, y para obligar y estrechar al demandado á que cumpla y ejecute lo que resuelva por medio de su sentencia: leyes 32 tít. 2 Part. 3, y 13 tít. 1 lib. 5 Nov. Rec. En conformidad con estas disposiciones, todos los prácticos enseñan, que no basta que la demanda se entable ante cualquier juez, sino que es necesario que sea ante el competente, y que el exâmen de esta *competencia* debe ser el primero de los cuidados que deben ocupar á un abogado. La ley 32 citada habla de catorce modos de surtir fuero: algunos autores cuentan muchos mas; pero los modos regulares ú ordinarios de surtir fuero se reducen á cuatro:

Ratione delicti, seu contractus, aut domicilli,
sive rei, de qua contra possessorem
causa movetur, forum regulariter quis sortitur.

Asi, en las causas criminales, da fuero el lugar en donde se cometió el delito, y éste se prefiere al del domicilio del reo y al en que tuviere la mayor parte de los bienes: ley 2 tít, 13 Part. 7 y 1 tít. 36 lib. 12 Nov. En lo civil, prefiere el del domicilio, entendiéndose por tal no solo el lugar que habita el reo cuando se entabla la accion, sino el que habitaba cuando se celebró el contrato: ley 23 tít 2 Part. 3. El lugar del contrato se entiende ser el que se espresó en él, y no habiéndose espresado, aquel en donde se celebró: ley 32 tít. 2 Part. 3. Este fuero es solo relativo á las acciones personales, pues para las reales lo da el lugar donde se hallen situadas las cosas. Por lo que toca á los vagamundos, que las leyes llaman *revoltosos* ó de *mala barata*, que no tienen domicilio fijo, tienen o-

jerce jurisdiccion (9). La segunda, observar el órden de proceder en los juicios, que se halla establecido por derecho, y sentenciar conforme á *lo alegado y probado* por las partes (10). Tercera: se les prohibe rigorosamente recibir por sí ni por otros, cualquiera especie de dones y regalos de las personas que ante ellos tuvieren pleito, ó hubieren de venir á ser juzgados; lo cual, entre otras cosas, deben jurar en su ingreso al oficio (11). Mas esto no impide que lleven los derechos que les corresponden, y que las mismas leyes les asignan (12). Cuarta: no pueden contraer matrimonio en el lugar de su residencia, ni amistades estrechas con los vecinos, ni tampoco negociar ó ser comerciantes (13). Quinta: siendo legos, deben juzgar con pare-

bligacion de responder civil ó criminalmente *do quier que los fallasen*, ley 32 allí; y lo mismo sucede cuando se encuentra al ladron en un lugar con la cosa robada en otro: leyes 1 tít. 2 y 4 tít. 14 Part. 7. Si el delito se comete en diversos lugares, como si en uno fuese robada una muger y violada en otro, ambos jueces son competentes y cualquiera de los dos puede conocer á prevencion; y por último, debe tenerse presente, que debiendo los juicios seguirse y terminarse donde empezaron, el reo debe contestar ante el juez que fué competente cuando se le emplazó, aunque despues hubiere dejado de serlo: ley 12 tít. 7 Part. 3.

(9) Leyes 7 tít. 9 lib. 3 del Fuero Real, y 1, 2 y 4 tit. 1 lib. 2 Rec. de Indias.

(10) Ley 10 tít. 17 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tít. 16 lib. 11 Nov. R.

(11) Leyes 5 tít. 9. lib. 3 Rec. de Cast. Leyes 7 tít. 1 lib. 11 N. R. y 6. tít. 4. Part. 3.

(12) Ley única tít. 10 lib. 3 Rec. de Cast.

(13) Leyes 47 y siguiente tít. 16 lib. 2 y 74 tít. 3 lib. 3 Rec. de Indias.

cer de asesor, y no serán responsables á las resultas de las sentencias que dieren con su acuerdo y parecer (14). Sesta: dada la sentencia y declarada por *pasada en autoridad de cosa juzgada*, debe hacerla ejecutar, pero con esta distincion: que si condena al reo à pagar alguna cantidad en dinero, le debe dar *diez dias* de término para que la entregue, y siendo otra cosa dentro de *tres dias*, ya sea mueble ó raiz (15) (eu).

(14) Real cédula de 22 de setiembre de 1793. Ley 9 tít. 16 lib. 11 Nov. Rec. Pero en asuntos gubernativos es igual la responsabilidad de los jueces no letrados y sus asesores: Circular de 2 de julio de 1800.

(15) Leyes 3 y 6 tít. 17 lib. 4 de la Rec. de Cast. Leyes 1 y 3 tít. 17 lib. 11 Nov. Rec. y la 5 tít. 27 Part. 3.

(eu) Antes de concluir este título diremos alguna cosa acerca de una especie de fuero privilegiado, que tienen los *embajadores ó ministros diplomáticos*. La casa de estos es inviolable, no solo para ellos sino para todos los que compongan su familia y perciban salario suyo ó de su soberano; mas esta *inviolabilidad* que es dada en obsequio de la independencia de los embajadores tiene, lo mismo que esta, sus limitaciones que pueden verse en el *Derecho de gentes* de Vattel, lib. 4 cap. 7, 8 y 9. Los ministros estrangeros no pueden ser demandados criminalmente en el pais en que representan, sino que se remitirán á su soberano en el caso que cometan algun grave delito: ni tampoco pueden serlo civilmente, si no es en el de que ejerzan algun tráfico, giro ó negociacion. Por lo que mira á sus criados, la ley 7 tít. 9 lib. 3 Nov. Rec. previene, que siempre que contravengan á las leyes y reglas establecidas para seguridad pública y buen gobierno, podrán ser arrestados dando aviso al ministro; y si el delito fuere leve, se le entregarán para que él los castigue, advirtiéndole que si reincidieren serán tratados

9—Otras muchas son las obligaciones de los jueces, que seria difícil referir aqui (ev). Véanse en las

como pide la ley. Mas si el delito fuere grave, pierde el criado la inmunidad, y debe ser tratado como cualquiera otro, aunque avisándose á su amo de la prision y su causa, y devolviéndole la librea si la tenia. Los *cónsules*, como que no tienen mas carácter que el de unos meros *agentes comerciales* ó *protectores de las personas* de su nacion, pueden ser enjuiciados en el pais en que residan; y aunque la ley 6 tít. 11 lib. 6 de la Novísima les daba el fuero militar como á todos los estrangeros transeuntes, fué derogada por la 8 tít. 36 lib. 12 del mismo Código: sus casas no gozan de inmunidad ni ellos pueden *ejercer jurisdiccion alguna* entre los súbditos de su nacion, *sino componer estrajudicial y amigablemente sus diferencias*; bien que las justicias deben prestarles el auxilio que necesiten para que tengan efecto sus *arbitrarias y estrajudiciales providencias*: Real decreto de 1 de febrero de 1765. Véase el *Apéndice* al tomo primero de las *Lecciones de práctica forense* escritas por D. Manuel de la Peña y Peña, pág. 449.

(ev) Ademas, entre nosotros es obligacion de los jueces de primera instancia, hacer en los departamentos y distritos donde no reside la Córte, las visitas generales y ordinarias de cárceles prevenidas por la ley: en las generales, que tendrán lugar el sábado de ramos, el trece de setiembre, y el dia víspera de pascua de Navidad, lo verificarán asociados de los alcaldes constitucionales, sus escribanos ó testigos respectivos y dos individuos de la municipalidad; y en las ordinarias que se verificarán los sábados primeros de cada mes, concurrirán tambien con las personas espresadas, y en todo caso, conviene la presencia del juez protector de cárceles, para que informado de las faltas que se noten, en lo que le concierne, provea á su pronto remedio.—Los jueces y alcaldes, dentro de ocho dias de practicadas las visitas, remitirán á la Corte copia certi-

leyes del título 4 Part. 3; tit. 9 lib. 3 de la Rec. de Cast.; tít. I. lib. 11 Nov. Rec. y tít. 3 lib. 3 de la de Indias [*].

ficada de su resultado: Decretos de 22 de marzo de 1832, art. 105, 132 y 133, y de 5 de diciembre de 1839 art. 29 § 1.—Igualmente es obligacion de todos los jueces remitir cada seis meses á la Córte, lista de las causas que hayan fenecido en el último semestre y de las que esten pendientes, con espresion clara del estado que tengan, y de los motivos que hayan retardado su curso, si en él se notare alguna dilacion: Decreto de 27 de octubre de 1843, art. 8.

[*] Tambien distinguen el oficio del juez en *noble* y *mercenario*. Por el primero, puede decretar aun lo que no le es pedido por las partes; y por el segundo, solo lo que le suplican conforme á derecho.

APÉNDICE.

DE LA RECUSACION.

SUMARIO.

1 Qué se entiende por **recusacion**
2 Por quiénes y en qué estado puede intentarse.
3 Causas por las cuales puede conceptuarse sospechoso un juez.
4 Ley patria sobre el particular.
5 Si es necesaria espresion de causa para recusar al juez inferior, y nombramiento de acompañados en su caso.
6 De la recusacion de los asesores, y número de los que pueden recusarse.
7 De la de los relatores, escribanos y receptores.
8 Si pueden serlo y cómo, los jueces **àrbitros**, y el **mero y misto ejecutor.**
9 No pueden serlo los Capitanes generales ni sus auditores; pero sí las demas personas que se espresan y cómo.
10 Si es permitido recusar á los ministros del tribunal superior, y en qué términos.
11 De la misma materia respecto á los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la República.
12 Modos de proceder en la recusacion para la separacion absoluta de los jueces de primera instancia, conforme á la ley pátria.
13 Términos en que deben formularse y fenecerse los artículos sobre recusacion.

Como los jueces pueden, por causas naturales ó por otras especiales, á que ellos mismos suelen dar ocasion, ser sospechosos de parcialidad, se permite al que tema ser perjudicado el remedio de la *recusacion*. Es, pues, ésta *un recurso que las leyes conceden para evitar parcialidades injustas de parte del juez, asesor, relator ó escribano, de quienes tiene sospecha alguno de los litigantes* (1).

2—Las recusaciones deben interponerse por las mismas partes que litigan ó por sus procuradores teniendo poder especial (2); y aunque por derecho comun y de las Partidas debian hacerse antes de la

(1) Ley 22 tit. 4 Part. 3: Curia Filíp. part. 1 § 7: Conde de la Cañada, *Juicio civil*, part. 3 cap. 6.
(2) Conde de la Cañada, allí n. 14 y sig.

contestacion de la demanda por considerarlas como escepciones dilatorias, en el dia se permite oponerlas en cualquier estado del pleito, con tal que no se haya publicado ni notificado la sentencia (3). Si el juez ú oficial recusado legítimamente procedieren en la causa sin cumplir los requisitos de la recusacion, será nulo cuanto hicieren; á no ser que el recusante siga litigando ante el recusado sin protestar, pues en tal caso se presume haber renunciado á la recusacion (4).

3—Las causas porque puede conceptuarse sospechoso el juez son: 1ª por tener mucha familiaridad con la otra parte: 2ª por tener con esta parentesco de consanguinidad ó afinidad, mas no si lo tuviere igualmente con ambas: 3ª cuando es teniente del juez ordinario y se tiene á éste por sospechoso con justa causa, aunque contra aquel no la haya: 4ª cuando quiere ser juez en causa propia: 5ª cuando es enemigo capital del recusante, ó lo fué en otro tiempo aunque esté reconciliado: 6ª cuando es pariente del deudo de su enemigo, ó comensal suyo, ó de éste ó su paisano, ú oriundo de su pais, y hallandose en tierra estraña se tratan como hermanos: 7ª cuando es súbdito de la otra parte, por razon de jurisdiccion ú otro motivo: 8ª cuando fué abogado de ella en aquella misma causa: 9ª cuando favorece demasiado a la otra parte y grava al recusante: 10ª si tiene otro pleito igual al que pende ante él, pues se presume juzgará en éste del modo que quiere se juzgue en el suyo: 11ª si el recusante

(3) Leyes 22 cit. y 8 tit. 10 Part. 3. Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 17. Murillo, *Cur. jur.* lib. 2 n. 287. Curia allí núm. 11.

(4) Glos. in cap. 16, 2 q. v. *Apellent.*

tiene algun pleito con el juez como persona privada: 12ª cuando el prelado es juez en pleito de su iglesia: 13ª si fué electo consultor á pedimento solo de la otra parte, ó testigo en la causa, y luego pasa á ser juez de ella: 14ª si es canónigo de la misma iglesia de la que lo es una de las partes: 15ª si la parte contraria solicitó que su señor fuese su juez en aquella causa, ó el mismo juez procuró serlo, ó es socio suyo, ó ambos viven juntos: 16ª cuando el recusante tiene interpuesta apelacion de sentencia del propio juez, pues estando pendiente se hace sospechoso para otra sentencia: 17ª si recibió don ó premio de la otra parte: 18ª cuando por algun motivo puede redundar la causa en daño ó provecho del juez: 19ª cuando fué juez en primera instancia, pues no puede serlo en la segunda: 20ª cuando es imperito y la causa árdua, escesivamente severo y cruel ó indiscreto; y la 21ª si es compadre de la otra parte, ó no quiere oir al recusante, aunque el pleito sea claro (5).

4—Por nuestras leyes, las causas de recusacion quedaron reducidas á tres, a saber: el parentesco, la amistad ó enemistad, y el interes conocido. Por *parentesco* podran ser recusados los jueces cuando lo tengan con alguna de las partes en línea de ascendientes ó descendientes, y entre colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad por derecho civil; ó por ser compadre, padrino ó ahijado de la otra parte: por *amistad* podrán serlo cuando fuere íntima, manifestada por diarias relaciones, asídua y mútua confianza, ó por vivir en una misma casa el juez y la persona que contiende: por *enemistad*, cuando fuere grave, por cau-

(5) Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 18.

sa notoria, originada de hechos determinados; y por *interes*, cuando de la sentencia pueda resultar alguna adquisicion ó esencion de obligaciones al juez mismo, ó á sus parientes ó amigos, en el grado ó intimidad espresados, ó cuando se pruebe que el juez ha recibido ó espera haber alguna cosa de las partes; ó finalmente, cuando el mismo juez ha sido procurador, abogado ó testigo en la causa, ó lo ha sido algun pariente suyo dentro del grado que se ha dicho (6).

5—En la recusacion del juez inferior no es necesario espresion de causa, sino que basta que el recusante alegue que le tiene por sospechoso, *jurando* al mismo tiempo que no le recusa de malicia ni por calumniarle (7). En las causas civiles el juez inferior recusado debe tomar por adjunto ó compañero á un hombre bueno, para determinar ambos el pleito, jurando sobre los evangelios que guardarán el derecho de ambas partes; y si el adjunto fuere tambien recusado lo que deberá hacerse con espresion de causa y la correspondiente justificacion de ella (8), ó discordare despues en la sentencia, deben los dos nombrar otro tercero para proceder los tres á la decision, prevaleciendo en ella la mayoria de votos (ex). Mas en las causas criminales debe el juez re-

(6) Decreto de la Asamblea constituyente de 23 de diciembre de 1851, art. 1, 2, 3, 4 y 5.

(7) Ley 1 tit. 2 lib. 11 Nov. Rec. El Conde de la Cañada opina que sería mejor obligar al recusante á que espresáse la causa de la recusacion: obra y lug. cit. núm. 1 al 18; y por el art. 21 del espresado decreto se previene que las recusaciones que se formulen deberán ser con espresion de causa.

(8) Gregorio Lopez glosa 9 de la ley 20 tit. 4 Part. 3.

(ex) Estando en desacuerdo el juez principal y acom-

cusado, tomar por acompañado al otro juez del pueblo si le hubiere; en su defecto á dos de los regidores que éstos nombrarán entre sí por convenio ó por suerte, y a falta de regidores á dos hombres buenos que cuatro de los mas ricos del pueblo designados por él, elegirán entre sí por suerte (9); debiendo tambien prevalecer en la sentencia la mayoria de votos, y si éstos fueren iguales, la sentencia mas benigna (ey); siendo de notar que el voto de los dos acompañados, no vale sino como uno solo (10).

6—Los asesores pueden tambien sin espresion de causa ser recusados, ya sean *titulados* ó ya de libre eleccion de los jueces á que llaman *específicos,* se-

pañado para fallar una causa criminal, cada uno pronunciará por sí su sentencia, y notificada al reo se eleva en consulta al Supremo tribunal, segun lo enseña Vilanova, *materia criminal for. Obs.* 3 cap. 6 núm. 1; Villarroel, *Práctica criminal*, lib. 2 pág. 313 n. 44: Curia Filip. part. 1 § 7 n. 16, y Villadiego en su *Política,* cap. 1 pág. 20 n. 49.

(9) Leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 11 Nov. Curia Filípica allí, n. 12.

(ey) No conformándose en las causas civiles el juez ordinario secular recusado y su acompañado, ha de ir la causa al Superior, si se apela de la sentencia de alguno; pero si no se apelare, será válida la que se dá en favor del reo; escepto en los casos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pías y otros, en los cuales vale la que se pronuncie en favor de lo espresado, aun cuando tambien resulte favorable al actor:

Stat testamentum, libertas, conjugium, dos,
Si sunt æquales qui producuntur utrinque.

Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 3 n. 22. Curia Filip. part. 1 § 7 núm. 15.

(10) Ley 18 tit. 22 Part. 3; Curia Filípica n. 15 § *recusacion.*

parándose éstos del conocimiento y acompañándose aquellos (11); y pueden serlo tambien en cualquier estado de la causa, menos si ya han firmado y entregado al juez la sentencia (12). No pueden recusarse mas de tres por cada parte para la final determinacion ó artículos de cada causa; advirtiendose que la recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente para cada auto o articulo, sino copulativamente para todos los artículos, autos y sentencias que en cada juicio se provean, de manera que el que recusare tres en un artículo, ya no podra recusar otro en el progreso de la causa (13).

7—En la recusacion de los relatores y escribanos no es necesario espresar causa; pero no se les quita el conocimiento é intervencion en el pleito, ni sus derechos, sino que debe el juez nombrarles acompañado (14); mas para separar al escribano originario del conocimiento de la causa, se requiere motivo grave justificado; lo que no es indispensable para separar al escribano de diligencias (15).

(11) Real órden de 23 de julio de 1778: Cédulas de 27 de mayo de 1766 y 22 de setiembre de 1793, y art. 19 de la Ordenanza de intendentes. Decreto cit. art. 16.

(12) Ley 9 tit. 2 lib. 11 Nov Rec. Tapia, lugar citado n. 28. Véase respecto de los auditores la nota 7 tit. 2 lib. 11 Nov.

(13) Leyes 27 tit. 2 lib. 11 Nov., y 41 tit. 46 lib. 9 Rec. de Ind. Tapia allí n. 28. Entre nosotros está prohibido recusar mas de dos asesores en cada pleito. si no es con causa legal, y remitiendo á la Corte las diligencias respectivas; ni tampoco pueden serlo despues que las partes hayan consentido su nombramiento: artículos 16 y 17 del decreto de 23 de diciembre citado.

(14) Ley 6 tit. 20 lib. 4 Nov. Rec. Gregorio Lopez en la ley 22 tit. 4 Part. 3 glosa 9, y Tapía allí, n 40 á 42.

(15) Entre nosotros debe observarse lo dispuesto en

8—Los jueces árbitros ó compromisarios, pueden ser recusados por la misma parte que los nombró, pero con espresion y justificacion de causa que haya sobrevenido al nombramiento, ó al menos la noticia de ella, y esta recusacion debe hacerse ante el juez ordinario, que separará al recusado del conocimiento del negocio (16). En ninguna causa civil ni criminal puede ser recusado el juez *mero ejecutor*, porque nada hace de su autoridad propia; pero el *ejecutor misto* que tiene facultad para admitir escepciones y determinarlas, puede serlo en los términos que el ordinario (17). Por lo que respecta á los jueces eclesiasticos, la recusacion debe ser siempre con espresion y justificacion de causa (18). El prior y cónsules y cólegas y Diputados consulares pueden tambien ser recusados con causa legítima y probada, igualmente que el juez de alzadas, mas no pueden serlo los tres, prior y cónsules, sino hasta dos de ellos. Véanse las leyes 31 y 39 tit. 46 lib. 9 Rec. Ind., y art. 15 de la Cédula de ereccion de este Consulado.

9—Los Capitanes generales ú otras autoridades á quienes pasan los procesos para la aprobacion

el art. 15 de la ley de 27 de noviembre de 1834, que dice: «Cuando algun escribano sea recusado, será separado *enteramente* de toda intervencion en el asunto, nombrándose otro por el juzgado donde esté radicado el juicio; y en tal caso desde el auto en que se le dé por separado, el que lo sea no llevará derechos, pero sí podrá cobrar los devengados hasta aquella fecha.» Esto es igualmente aplicable á los notarios: art. 25 de la misma ley.

(16) Ley 31 tit. 4 Part. 3. Tapia, lugar citado n. 33.
(17) Tapia allí n. 34.
(18) Tapia, lugar citado, núm. 30, 31 y 32.

de las sentencias de los consejos ordinarios de guerra, no pueden ser recusados por los reos ó sus defensores, ni tampoco los auditores ó letrados con quien aquellos gefes las consulten, porque en dichas causas no proceden como jueces, ni los generales, ni los auditores ó asesores (19). Mas los vocales del consejo, los fiscales, y secretarios ó escribanos, pueden serlo y segun las razones que se aleguen podrán ser separados por el Capitan general, ó por el fiscal si el recusado fuese el escribano; bien que en algun caso podrá nombrarse de acompañado del fiscal á algun ayudante ú otro oficial para que ambos continuen el procedimiento (20).

10—Los ministros superiores, magistrados ú oidores no deben recusarse sino con causa espresada y probada y de la manera y forma que previenen las leyes (21); y no probándola debe pagar el recusante 120 mil maravedis si el recusado fuere presidente, 60 mil si fuere oidor y si alcalde del crímen 30 mil; bien que siendo pobre el que recusa, cumplirá con obligarse á pagar cuando tenga bienes, si incurriere en dicha pena. El tribunal superior debe examinar ante todo, si la causa en que se funda la recusacion es justa y probable, y si tal no fuese, no debe admitir la recusacion, y antes bien condenará á la parte en 6 mil maravedis (22). Si es el fiscal real

(19) Real órden de 23 de junio de 1803, inserta en el Nuevo Colon, ó *Tratado del derecho militar de España y sus Indias*, por D. Alejandro de Bacardí, tomo 2 pág. 195 n. 66. Nota 8 tit. 2 lib 11 Nov. Rec.

(20) Nuevo Colon, tomo 2 pág. 102 n. 12 al 18; página 109 n. 9, y pág. 216 n 38.

(21) Véase el Tapia, lib. 3 tit. 1 cap. 1 n. 37 y sig.

(22) Leyes 7 y 8 tit. 2 lib. 11 Nov. Rec. y 1 tit. 11

el recusante, cumple el receptor de penas de cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al real fisco (23).

11—Mas por nuestra ley pátria (24) está prevenido, que de las recusaciones, que habrán de presentarse en términos respetuosos y moderados, con espresion de las causas en que se funden, conozca el Supremo tribunal de Justicia, mandando previamente hacer depósito de ciento veinticinco pesos en la receptoría de penas de cámara, si la recusacion fuere del Regente, y de cien pesos por cada uno de los Magistrados: si las causas fueren legales y ciertas, proveerá la separacion del recusado y la devolucion del depósito; mas si fueren legales, y no las reconociere por ciertas el recusado, mandará se reciban á prueba por un término breve, de modo que en el perentorio de veinte dias quede resuelto el artículo de recusacion. Si no resultaren probadas, continuará conociendo el recusado y se declarará incurso el recusante en la multa de la cantidad depositada, que será toda para gastos de justicia. Si el fiscal público fuere el recusante, no deberá constituir depósito, así como tampoco el que fuere pobre; pero si éste no probare las causas de recusacion, sufrirá la pena ó demostracion á que haya lugar, segun la malicia que se advierta. Los fiscales no pueden ser recusados en el ejercicio de sus funciones, ni suspenderse mediante la recusacion, la

lib. 5 Rec. de Ind. Curia, part. 1 § 7 n. 23 y 24.

(23) Leyes 9 tit. 5, y 41 tit. 18 lib. 2 Rec. de Ind. la cual manda que los fiscales juren y prueben las causas como las demas partes, y hagan tambien el depósito conforme á las leyes.

(24) Decreto de 23 de diciembre de 1851.

sustanciacion del negocio pendiente.

12—Si la recusacion se dirijiere á separar *in totum* al juez del conocimiento de la causa, éste se acompañará con otro juez, ó en su defecto con el alcalde primero, para sustanciar el artículo, que feneceran y remitiràn con su informe dentro de veinte dias á la Corte, previa citacion de las partes, para que en la primera audiencia resuelva ó sobre la inhibicion del juez, en cuyo caso pasará el conocimiento del asunto á otro hábil ó al alcalde respectivo; ó en sentido contrario, declarando incurso al recusante en la multa de cincuenta peses, que se le exijirán por la via de apremio, ó en su lugar, si fuere pobre, sufrirá la pena ó demostracion correspondiente, segun la malicia del caso.

13—La recusacion deberá formularse dentro de los diez dias inmediatos al en que el magistrado ó juez recusado hayan comenzado á tomar conocimiento del negocio: pasado este término no se admitirá sino por causas supervenientes: no se admitirán tampoco indicaciones ni anuncios de recusacion; y el artículo debe precisamente quedar fenecido dentro de los veinte dias perentorios que se han dicho, aun cuando las partes no hicieren durante este término, sus alegatos ni adujeren pruebas (25).

(25) Véase el espresado decreto.

Título XVIII.

DE LOS DELITOS PUBLICOS.

SUMARIO.

1 Diferencias entre los delitos privados y públicos.
2 Del delito de **lesa magestad.**
3, 4 Penas impuestas al delito de **perduelion** y al de lesa magestad.
5 Del **adulterio.**
6 Solo el marido tiene facultad para acusar este delito.
7 Del **incesto** y sus penas.
8 Del **estupro** y penas correspondientes.
9 Disposicion posterior relativa á este delito.
10 Del pecado nefando ó **sodomia.**
11 De los **alcahuetes.**
12, 13 y 14 Del **homicidio** y sus especies.
15 Del **parricidio** y sus penas.
16 Del delito de **falsedad**, y casos en que puede verificarse.
17 De otras especies de falsedades,
18 De la **fuerza** ó **violencia,** y sus diversas especies.
19 De los **sacrilegios** y del **peculado.**
20 Del **plagio.**
21 De la **concusion.**
22 De la **regatoneria.**

Dijimos en el principio de este libro, que todos los delitos ó eran *privados* ó *públicos;* siendo los primeros, aquellos en que inmediatamente eran ofendidos los particulares, y los segundos, los que directamente perturbaban la seguridad y tranquilidad de la república. Entre los juicios de unos y otros hay varias diferencias: 1ª en los delitos privados el que intenta la accion se llama *actor,* y en los públicos *acusador*: 2ª en los primeros, intenta la accion aquel á quien interesa para satisfaccion de su daño particular; y en los segundos, para escarmiento y satisfaccion del público. De estos delitos unos hay que se llaman *capitales,* y otros *no capitales,* atendiendo á la pena que merecen. *Capitales* son, aquellos por los cuales se priva al delincuente de la vida natural ó civil: v. g., á muerte de horca, ó á destierro perpetuo. *No capitales* se llaman, los que tienen impuestas pe-

nas menores que la de muerte natural ó civil, como azotes, infamia etc. (ez).

(ez) Para proceder con pleno conocimiento de esta materia clasificaremos los delitos de la manera siguiente: I Delitos contra la divinidad; v. g., la heregía, simonía, blasfemia, perjurio etc. II Delitos contra el soberano, como los de lesa magestad y traicion; y contra el derecho de gentes, como la violacion de los derechos de los embajadores y salvoconductos, la piratería y otros. III Delitos contra el órden público, por los que se infringe alguna obligacion de las que ligan al ciudadano hácia la sociedad; ya sea contra la justicia pública, como atentar á la vida de los magistrados, resistir sus órdenes, cometer falsedad, prevaricar y otros: ya contra la tranquilidad pública, como la venta de sustancias venenosas ó abortivas, el delito del que maliciosamente introdujere en un pais alguna enfremedad contagiosa, y tambien el incendio: ya contra el comercio público, como la falsificacion de moneda y de letras de cambio, el uso de medidas y pesas falsas, la bancarrota, el contrabando y monopolio: ya contra la hacienda pública, como el peculado, la falsificacion de vales, la de papel sellado, elaboracion de efectos estancados, falta de pago de contribuciones, la inexactitud de los empleados para asistir á sus oficinas y otros: ya contra la continencia pública, como el concubinato, prostitucion y demas contra la decencia en las costumbres; ya contra el derecho político, como el de no inscribirse en el censo, no sufragar en las elecciones ó intrigar en ellas, llamado por los romanos *ambitus*, la desercion y otros; ó ya contra la policía, como la portacion de armas prohibidas, el juego, la vagancia, las máscaras y disfraces. IV Delitos contra la fé pública; v. g., la falsificacion de moneda cometida por el empleado encargado de emitirla, y demas en que se viola el secreto y la fé pública. V Delitos contra el órden de las familias, como el parricidio, infanticidio, esposicion

2—El primer delito *público* es, el llamado en general, delito *de lesa magestad* y *traicion*, y de este modo comprende cualesquiera atentados contra la persona ó dignidad del monarca, ó contra la república; y se puede dividir en *crímen de perduelion* y de *lesa-magestad* en especie. El primero, se comete intentando matar ó herir al rey, ó alzarse con el reino, ó entregarlo á sus enemigos. El segundo, no indica precisamente un ánimo enemigo del rey ó de la república; pero sí comprende cualesquiera hechos ó dichos en detrimento de los derechos del príncipe, ó de su estimacion y dignidad (1) (ia).

y suposicion de parto, el plagio, sevicia, incesto, adulterio, estupro, rapto, seduccion y lenocinió de los padres. VI Delitos contra la vida de los ciudadanos, como el homicidio, suicidio, heridas, desafio y descuido ó impericia de los cirujanos y médicos. VII Delitos contra la dignidad y honor de los ciudadanos, como los pasquines, injurias, exhumacion de cadáveres y otros. VIII Y finalmente, delitos contra la propiedad, como el hurto, usurpacion y despojo, negacion del depósito, usura, estelionato y los daños.

(1) Véase la ley 1. tít. 2 Part. 7 que pone catorce ejemplos de delitos de esta clase, de los cuales los cuatro primeros son propiamente *perduelion;* y los demas, delitos de lesa-magestad: ley 1 tít. 18 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 1 tít. 7 lib. 12 Nov. Rec.

(ia) Hay crímen de lesa magestad *divina*, y crímen de lesa magestad *humana*. El primero es una ofensa cometida contra Dios, como la apostasía, heregía, blasfemia, sacrilegio, sortilegio y simonía: el segundo, es el atentado cometido contra el soberano ó contra el Estado. *Læsæ majestatis crimen*, dice la ley 1 tit. 2, *tanto quiere decir en romance, como yerro de traicion, que face ome contra la persona del rey*: la misma

3—Las penas impuestas al delito de *perduelion*, llamado tambien *traicion*, son: dar al delincuente la muerte mas cruel é ignominiosa que se encuentre, y confiscarle todos los bienes para la cámara del rey, sacando la dote de su muger y las deudas anteriores al delito: debe ser derribada y asolada su casa y sus heredades, para escarmiento de tan atroz delito: todos sus hijos varones deben ser infames para siempre, de modo que no pueden tener oficio honroso ni de dignidad, ni heredar ni adquirir legado de pariente ó de otro estraño; pero á las hijas se concede el que puedan heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (2). La acusacion de este delito puede comenzarse despues de la muerte del reo, y si su heredero no lo puede defender, queda asimísmo infamada la memoria del reo, y confiscados sus bienes (3).

4—Casi las mismas penas están impuestas á los delitos de *lesa-magestad*, con la diferencia que en éstos la pena es de muerte ordinaria: no se comienza la acusacion despues de la muerte del reo,

ley añade al fin, que si alguno de los yerros referidos en las catorce especies que espresa y casi ha copiado la ley 1 tít. 7 lib. 12 de la Nov., es hecho contra el rey, ó contra su señorío, ó contra pro comunal de la tierra, es propiamente *traicion*, que tanto quiere decir *como traer un ome á otro sô semejanza de bien á mal, é es maldad que tira de sí la lealtad de corazon del ome*; y que cuando es hecha contra otros hombres, es llamado *aleve*, es decir *alevosía*, la que tambien está comprendida bajo el nombre de *traicion* generalmente tomado; pero aqui no se trata de las hechas á particulares.

(2) Leyes 6 tít. 13 Part. 2, y 2 tít. 2 Part. 7.

(3) Leyes 2 tít. 18 lib. 8 de la Réc. y 3 tít. 2 Part. 7.

ni se arruina su casa, y algunos opinan que no quedarán infamados los hijos del delincuente (4). Alcanzan las penas no solo á los que cometen el delito, sino tambien á los que cooperan, y aun á los que lo saben y no lo descubren (5). Pueden ser acusadores cualesquiera hombres ó mugeres, de buena ó mala fama, aun aquellos que no lo pueden ser en otras causas, por lo mucho que importa á la república se facilite el modo de descubrir y castigar estos delitos (6) (ib).

(4) Dicha ley 3 tít. 2 P. 7. Acevedo en la 2 tít. 18 lib. 8 de la R.

(5) Ley 6 tít. 13 Part. 2.—(6) Ley 3 tít. 2 Part. 7.

(ib) El delito mayor entre los eclesiásticos es la *apostasía*, cuya palabra es griega y significa *desercion*: se usa para designar el abandono de la fé de Jesucristo recibida y profesada en el bautismo, de cuya definicion se infiere que para que haya apostasía basta desamparar la religion cristiana, sin ser necesario pasarse á otra; mas segun la ley 5 tít. 25 Part. 7, no se entiende por *apóstata* sino el cristiano que se hizo moro ó judío, aunque arrepentido despues torne á la fé. En este concepto, las leyes 7 tít. 24 y 4 tít. 25 Part. 7, imponen al apóstata la pena de muerte y la de confiscacion de bienes, si no tiene hijos ó parientes hasta el décimo grado que le hereden; pero si arrepentido vuelve á la fé, aunque se liberta de dichas penas, segun la 5 cit., queda infamado y en consecuencia no puede ser testigo, ni hacer testamento, ni ser heredero, ni hacer venta ó compra, ni dar ó recibir por donacion, ni haber oficio. Véanse las leyes 6 de dicho tít. 25, y 3 tít. 3 lib. 12 Nov. *Heregia* es otra palabra que viene de la griega *hæresis* y significa *secta*: se define: *un error en materia de fé, por el cual un cristiano sabiendo alguna doctrina que la Iglesia católica propone para que se crea como de fé divina, la abandona sin embargo y establece á su manera*

5—Los delitos contra la *castidad* tienen lugar entre los públicos; y el primero de ellos es el *adul-*

otra nueva. La *apostasía* se distingue de la *heregia*, en que aquella es una desercion total de la religion, y ésta no es mas que una separacion de ella en uno ó mas puntos de fé. Véanse las leyes 1 y 2 tít. 26 Part. 7, tit. 3 lib. 12 Nov. y decreto de 22 de febrero de 1813. Tambien viene del griego la palabra *blasfemia*, que significa *ataque á la reputacion*, y se emplea ordinariamente para designar los denuestos, ofensas ó injurias contra Díos ó sus Santos. Se divide en *enunciativa* é *imprecativa:* por la primera se niega al Ser Supremo la calidad que no puede menos de convenirle, como la eternidad, la justicia, la omnipotencia; ó se le imputa la que es muy agena de sus perfecciones, como la crueldad, la injusticia, la ignorancia: por la segunda se le desea á Dios algun mal, como que deje de existir. En las leyes 4, 5 y 6 tít. 28 Part. 7, 4 tít. 5 lib. 12 Nov. y 2 tít. 8 lib. 7 Rec. Ind. que manda se guarden aquellas, pueden verse las penas en que incurre el blasfemo, como tambien respecto de los militares el art. 4 trat. 8 tít. 10 de las Ordenanzas del Ejército. *Sacrilegio* es, *la lesion ó violacion de cosa sagrada, ó destinada al culto divino.* Divídese en *personal* el cual se comete cuando por saña se hiere, prende, encarcela, despoja de sus vestidos ó atropella de otro modo á clérigo, religioso ó monja, que son personas sagradas: en *real* que es, cuando se hurtan ó fuerzan en lugar sagrado ó profano, cosas sagradas, como cálices, cruces etc., ó quebrantan las puertas, se horadan las paredes ó techos para entrar en los templos, ó se les pone fuego para quemarlos; y en *local*, cuando se hurtan ó fuerzan cosas profanas en lugar sagrado. Sobre las penas de este delito pueden verse las leyes 1 á 6 tít. 18 Part. 1. *Sortilegio* ó adivinacion es, el pronóstico de las cosas futuras. *Adivinanza* dice la ley 1 tít. 23 Part. 7, tanto quiere decir, *como querer tomar el poder de Dios pa-*

terio, ó el comercio carnal con muger casada, [*] sabiendo que lo es (7) (ic). La pena establecida por

ra saber las cosas que están por venir. En las leyes 1 y 3 de dicho tít. 23, y en la 1 y 2 tít. 4 lib. 12 de la Nov. se refieren y prohiben varios embustes y adivinanzas, de que creemos escusado hacer especial mencion aqui. Finalmente, *simonía* es, *el comercio de las cosas espirituales ó anexas á ellas, dándolas por dinero ú otra cosa temporal*. Tomó el nombre de Simon, mago ó encantador, que habiendo sido bautizado en Samaria y viendo los milagros de los apóstoles, quiso comprarles la gracia de hacerlos. Divídese comunmente en *mental*, *convencional* y *real*. La primera consiste en dar ú ofrecer cosa temporal con la mira de que se recompense con alguna cosa espiritual ó anexa á ella: la segunda es un pacto tácito ó espreso de dar lo espiritual por lo temporal; y la tercera, es la ejecucion del convenio dándose recíprocamente lo espiritual y temporal ó solo lo primero. Tambien se divide en *simonía espiritual ó contra derecho divino*, y en *simonía eclesiástica ó contra derecho eclesiástico*: aquella se comete cuando se compran ó venden cosas espirituales, y está prohibida como mala; ésta se comete cuando se compran ó venden algunos oficios ó alhajas de la iglesia y cuando se resignan ó permutan beneficios eclesiásticos sin autoridad pontificia, y es mala en cuanto está prohibida. Las leyes 1 y 2 tít. 17, 11 y 12 tít. 27 Part. 1, y 3 tít. 22 lib. 3 Nov. Rec. tratan de esta materia y espresan las penas en que incurren los simoniacos.

[*] Para que se cometa adulterio, segun el derecho canónico, basta que cualquiera de los delincuentes sea casado; mas para que tengan lugar las penas que establece el civil, es necesario que la muger sea casada con otro. La razon de esta diferencia es clara, y se insinúa en la ley 1 tít. 17 Part. 7.

(7) Ley 1 de dicho tít. y Part.

(ic) *Adulterio*, dice la ley 1 tít. 17 Part. 7, *es yerro*

derecho de España y de Indias es, que los adúlteros sean entregados por el juez al marido para que los mate, ó perdone á ambos, no pudiendo castigar, ni perdonar á uno sin otro, á mas de ganar todos los bienes de ambos (8). Mas no ganará la dote de la muger, ni bienes de ambos, el marido que de propia autoridad matare al adúltero y á la adúltera, aunque los tome en fragante delito y sea justamente hecha la muerte, pues esta concesion solo es para el caso de que los mate con autoridad de la justicia (9). La ley de Partida impone al hombre que comete adulterio con muger casada, la pena de muerte, y á la muger que lo cometió, la de azotes y ser encerrada en

que ome face á sabiendas, yaciendo con muger casada ó desposada con otro, é tomó este nombre de dos palabras del latin *alterius et torus*, que quiere tanto decir en ramance como *lecho de otro*, porque la muger es contada por lecho de su marido é non él della. El adulterio es *doble* cuando ambos son casados, y *simple* cuando lo es uno solo. El hombre que se une con muger casada no sabiendo que lo es, no queda sugeto á la pena de adulterio, como tampoco la muger que tiene acceso con otro teniendo noticias fidedignas de que su marido ha muerto: ley 5 tít. 17 allí. Mas no se exime de la pena aunque se pruebe que el matrimonio de la muger era nulo por parentesco ó cualquier otro motivo, segun la ley 4 tít. 28 lib. 12 Nov.; pero sí, en opinion de algunos autores, si la nulidad proviniese de falta de consentimiento: Ant Gomez en la ley 81 de Toro y Acevedo en la 4 tít. 20 lib. 8 Rec.

(8) Leyes 1, 2 y 3 tít. 20 lib. 8 de la Rec. de Cast. Leyes 1, 2 y 3 tít. 28 lib. 12 Nov. Rec. y la 4 tít. 8 lib. 7 de Indias.

(9) Ley 3 tít. 20 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 5 tít. 28 lib. 12 Nov. R.

un monasterio, con perdimiento de dote y arras á favor del marido, y siendo el adulterio con huida de su casa, pierde tambien los gananciales (10) (id).

6—Solo tiene facultad para acusar este delito el marido, el que, ó ha de acusar á ambos adúlteros, ó á ninguno (11). Se puede hacer esta acusacion delante del juez secular, dentro de cinco años,

(10) Ley 15 tít. 17 Part. 7.

(id) La facultad que se concedia al marido para que pudiese matar á los adúlteros, comprendia la restriccion de no poder dar muerte á uno y dejar vivo al otro, á menos que no pudiese verificarlo; mas dicha facultad ha cesado el dia de hoy, mediante á que la ley 3 tít. 20 lib. 12 Nov. Rec. *prohibe á todos generalmente, sin escepcion de personas, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio ó injuria, bajo las penas impuestas.* No obstante, si el marido en el arrebato de indignacion que debe causarle el sorprender á su muger en el acto de ofenderle, diere la muerte á ella ó á su cómplice ó á los dos, la ley 21 del mismo tít. y libro, le permite alegar las circunstancias del caso como escepcion para eximirlo de la pena de homicida. Gutierrez, *practica criminal,* tomo 3 cap. 9 número 33. Vizcaino, *Código criminal* tomo 1 página 224. Téngase presente que el marido podia reconciliarse con su muger y sacarla del monasterio en el término de dos años, en cuyo caso recobraba ella la dote, arras, y gananciales; mas si no la queria perdonar ó moria antes de los dos años, entónces ella debia tomar el hábito del monasterio para siempre: ley 15 tít. 17 Part. 7.

(11) Ley 2 tít. 19 lib. 8 de la Rec. Ley 4. tít. 26 lib. 12 Nov. Rec., que deroga á la 2 tít. 17 Part. 7., que permitia la acusacion tambien al padre, hermano, y tio paterno ó materno. Ley 2 tít. 20 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 3 tít. 28 lib. 12 Nov. Rec.

contados desde el dia en que se cometió el adulterio; pero si hubiere sucedido por fuerza, dentro de treinta (ie).

7—El *incesto* es otro delito contra la castidad, el cual segun nuestro derecho, se comete teniendo uno acceso carnal con parienta suya, sea de consanguinidad ó afinidad, hasta el cuarto grado de la computacion canónica, ó con comadre, o con

(ie) La muger se exime de la acusacion y de la pena de adulterio en los casos siguientes: 1° si despues del delito hubiesen pasado ya los cinco años referidos que el marido tiene para intentar la acusacion; leyes 4 y 7 tít. 17 Part. 7: 2° si hubiese adulterado con el consentimiento de su marido, quien en tal caso será castigado con la pena del lenocinio; ley 7 cit.: 3° si el marido la tuviese á sabiendas en su compañia despues del adulterio, ó la admitiese en su lecho, ó dijese ante el juez que no queria acusarla, ó abandonase la acusacion intentada, pues se presume entónces el perdon; leyes 8 allí, y 5 tít. 7 lib. 4 Fuero Real: 4° si acreditare que habia sido forzada; ley 1 tít. 28 lib. 12 Nov. El adúltero, escepto en el caso de fuerza en que puede ser acusado dentro de los treinta años espresados, se exime de la acusacion y de la pena en todos los casos en que se liberta la muger, y tambien en el de que ignorase que la muger era casada: ley 5. tít. 17 cit.; y asi mismo en el de que hubiese obtenido perdon gratuito del marido, pues no puede hacerse transaccion pecuniaria sobre este delito, segun la ley 22 tít. 1 Part. 7. Las referidas escepciones deben oponerse por los acusados antes de la contestacion del pleito conforme á la ley 7 tít. 17 allí, y doctrina de Antonio Gomez en las leyes 80, 81 y 82 de Toro n. 71. Y adviértase que, si despues de la sentencia perdonare el marido á su muger la pena que se le habia impuesto á voluntad del mismo, no por eso deberá dejar de cumplir la suya el adúltero: Escriche, palabra *Adulterio*.

religiosa profesa (12). Las penas impuestas á este delito son, la de muerte y confiscacion de la mitad de los bienes [*]. Puede acusar en él cualquiera del pueblo, dentro de los mismos cinco años que hay para acusar de adulterio. Y puede ser acusado todo hombre que lo haya cometido; si no es que sea menor de catorce años, y la muger de doce, quien debe tener la misma pena que el hombre (13) (if).

(12) Leyes 1 tít. 18 Part. 7 y 7 tít. 20 lib. 8 de la Rec de Cast. Ley 1 tít. 29 lib. 12 Nov. Rec.

[*] La pena que impone la ley de Partida al incestuoso es la del adulterio; y como de las impuestas á este delito solo la de muerte le puede convenir, por eso decimos absolutamente que esa le corresponde, añadiendo la de confiscacion de la mitad de los bienes, que señala la ley 7 tít. 20 lib. 8 Rec. Ley 1 tít. 29 lib. 12 Nov. Rec.

(13) Ley 3 tít. 18 Part. 7.

(if) La palabra latina *incestus*, de donde viene *incesto* es lo mismo que *non castus*, segun unos; pero segun otros trae su orígen de *cestus* que entre los antiguos significaba la cintura de Venus, la cual se daba á los casados, menos cuando habia algun impedimento para casarse, de suerte que el matrimonio contraido apesar del impedimento se llamaba *incestuoso*, esto es, *sin cintura*, como si se tuviese por indecoroso el hacer intervenir la diosa del amor en una union tan repugnante al órden de la naturaleza. Asi, *incesto* es, *la union carnal de hombre con parienta dentro del cuarto grado, ó comadre, cuñada, religiosa, y la de la muger con hombre de diferente culto*. Nada dicen las leyes del incesto cometido entre ascendientes y descendientes que sin duda es mas torpe que el cometido entre colaterales, y parece por lo mismo debia castigarse con mas rigor; como tampoco del cometido entre hermanos, aunque respecto de este las leyes comprenden

8—El *estupro* se comete cuando uno corrompe á muger vírgen, ó viuda honesta, aunque no sea con fuerza (14). (ig) La pena impuesta por la ley de

á la hermana bajo la palabra *parienta,* segun cree Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 28. El juez de estos delitos lo es el del lugar ó el del incestuoso, á prevencion, conforme á la ley 2 tít. 18 Part. 7, y aunque Vilanova, Obs. 11 cap. 28 sienta, fundado en la misma ley, que el juez podia proceder de oficio contra el reo de este delito, él mismo asegura no practicarse.

(14) Ley 1 tít. 19 Part. 7.

(ig) *Estupro,* en general, es el acceso ilegítimo que uno tiene con una muger soltera ò viuda de buena fama que no sea su parienta en grado prohibido. Dícese con muger *soltera* ó *viuda*, pues si fuese casada, no seria *estupro* sino *adulterio*: dícese de *buena fama,* pues el ejecutado con muger *pública* se llama *simple fornicacion* y no merece pena mientras no sea forzado; ley 2 tit 19 Part. 7; añádese *que no sea su parienta en grado prohibido* para distinguirlo del *incesto*. Para que haya *estupro,* exije Vilanova obs. 11 cap. 23 n. 2, 3 y 4, que la muger no consienta lisa y llanamente, pues en tal caso seria simple fornicacion, sino mediante violencia, engaño, seduccion, temor ú otra causa, sin que baste al estuprador para eximirse de la pena decir que fué con consentimiento de la muger: ley 1 tit. 19 Part. 7. Si la muger consiente libremente y á sabiendas sin que medie fuerza ni seduccion, ó se va voluntariamente á hacer fornicio a la casa del hombre, no tiene accion alguna, civil ni criminal contra éste, porque á la persona que sabe y consiente no se le hace injuria ni dolo; *Scienti et consentiendí non fit injuria, neque dolus*: leyes 8 tit. 4 lib. 3 Fuero Juzgo y 7 tit. 7 lib. 4 Fuero Real. Mas si el delito se cometió en despoblado, ó la muger era aun incapaz del acto por no tener doce años ó de dolo por no tener siete, en cuyos dos casos se llama *estupro inmaturo*, ó aunque fuese adulta se usó de ella por la fuerza, entónces se castiga con pena

Partida á este delito, era la confiscacion de la mitad de los bienes, siendo el reo honrado, y siendo vil, la de ser azotado públicamente y desterrado por cinco años (15). Mas por ser estas penas tan graves, no están en práctica; y asi, lo que regularmente se hace es obligar al desflorador á que, ó dote á la muger ó se case con ella, añadiéndole alguna otra pena arbitraria (ih).

9—Por una real cédula está mandado que los reos de estupros no sean molestados con prisiones ni arrestos, dando fianza de estar á derecho, y pagar lo juzgado y sentenciado, y aun si no tuviere co-

corporal al arbitrio del juez, atendiendo á las circunstancias, y agravándose las penas si es criado ó doméstico el estuprador, ó si abusó de la amistad, hospedaje ó confianza de la casa donde estaba, ó la estuprada residia en la de aquel como huésped, pupila, criada ó dependiente: leyes 1 y 2 tit. 19 Part. 7 y nota 1 al título 2 lib. 10 Nov. Rec. El tutor ó curador que viola á la huérfana incurre en la pena de destierro perpétuo y confiscacion de todos sus bienes, sino tuviere descendientes ó ascendientes dentro del tercer grado: ley 6 tit. 17 Part. 7.

(15) Ley 2 del mismo tít. 19 Part. 7.

(ih) Agregaremos, que el estuprador está obligado á dotar á la estuprada: 1º aunque esté dispuesto á casarse con ella, si su padre ó ella misma rehusa el matrimonio con él: 2º aunque la estuprada sea rica ó tenga ya dote competente: 3º aunque la estuprada tenga proporcion de lograr ó haya logrado ya un matrimonio tan ventajoso como si no hubiera sido estuprada: 4º aunque la estuprada hubiese dejado de ser doncella anteriormente, con tal que en la opinion comun conservase todavia la reputacion de tal, pero nó si la hubiese perdido: 5º aunque el estuprador sea clérigo ó casado que finjiéndose lego ó soltero haya logrado alevemente

mo afianzar, siquiera estar á derecho, todavia se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel, prestando caucion *juratoria* de presentarse siempre que le sea mandado (16) (ij).

10—El pecado *nefando* ó *de sodomia*, se castiga con pena de muerte de fuego: debe imponerse asi al agente como al paciente, á mas de confiscarse todos sus bienes para la cámara (17) (ik).

su designio, porque toda persona que causa daño está obligada á su reparacion; y 6º aunque el estupro fuese puramente voluntario y libre, de parte de la muger; sin que mediase fuerza, ni dolo ni seduccion, ni regalos, ni aun ruegos importunos, si el estuprador lo propala despues infamando á la estuprada.—Escriche, palabra *Estupro.*

(16) Real cédula de 30 de octubre de 1796, remitida á la América con fecha de 31 de mayo de 1801, y publicada en 11 de mayo de 1802. Ley 4 tít. 29 lib. 12 Nov. Rec.

(ij) La accion de estupro compete únicamente á la estuprada ó á las personas bajo cuyo poder se hallare: tiene lugar contra cualquier estuprador con tal que sea mayor de catorce años, y puede ejercerse ante el juez del lugar en que se cometió el delito ó ante el juez del reo: dura cinco años desde el dia del estupro, mas si hubiese intervenido violencia dura la accion treinta años y puede intentarse por cualquiera del pueblo: leyes 2 y 4 tit. 17, 2 tit. 18 y 2 tit. 19 Part. 7, y 4 tit. 26 lib. 12 Nov. Rec. Si no hubiere queja ó instancia de parte, no se procede de oficio en este delito, y por costumbre no se impone pena á la estuprada, aunque lo haya sido voluntariamente, segun espone Vilanova tom. 3 obs. 11 cap. 23 n. 48.

(17) Leyes 1 y 2 tít. 21 lib. 8 Rec. Leyes 1 y 2 tít. 30 lib. 12 Nov. Rec. y 1 y 2 tít. 21 Part. 7.

(ik) *Sodomía*, á que llaman tambien *pederastía* cuya voz griega significa *amor de hombre*, se comete *yacien-*

11—Á los *alcahuetes* puede tambien acusar cualquiera del pueblo (il): las especies que hay de ellos,

do unos con otros contra natura é costumbre natural. Es un delito execrable y por eso se dice *nefando*, asi como el de *bestialidad* que es el mismo delito cometido con algun animal. Este se castiga con la misma pena impuesta á los sodomíticos por las Partidas, debiéndose ademas matar la bestia *para amortiguar la remembranza del fecho*. Las leyes 5 y 6 tit. 5 lib. 3 Fuero Juzgo, 2 tit. 9 lib. 4 Fuero Real y 1 tit. 30 lib. 12 Nov. espresan las penas con que debian castigarse tales delitos, pero en el dia se ha mitigado mucho la severidad de las penas prescritas contra estos y demas delitos de incontinencia. Gutierrez *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 40.

(il) *Lenocinio, alcahueteria ó rufianeria*, es el delito que se comete solicitando ó sonsacando mugeres para usos lascivos con los hombres, ó encubriendo, concertando ó permitiendo en su casa estas comunicaciones. Al que lo comete le llaman lenon, alcahuete ó rufian y se les distingue en cinco clases: 1ª la de los que guardan rameras públicas en el burdel, tomando parte de su ganancia: 2ª la de los que como medianeros ò corredores solicitan á las mugeres que viven en sus propias casas para los hombres que les pagan por este vil servicio: 3ª la de los que tienen en sus casas mozas que se prostituyen con el objeto de percibir la ganancia que hacen por este medio: 4ª la de los maridos que entregan ó sirven de alcahuetes á sus propias mugeres; y 5ª la de los que por algun lucro franquean su casa para que los hombres disfruten de las mugeres, sin intervenir como terceros ó corredores: ley 1 tit. 22 Part. 7. Todos éstos son infames, y deberian castigarse los de la 1ª clase con el destierro de ellos y de las mugeres: los de la 2ª, con la de muerte si indujesen á mugeres doncellas, casadas, religiosas ó viudas honestas: los de la 3ª debian dotar y casar á las mozas que tenian, y no haciéndolo se les señalaba la pena de muerte: los de la 4ª debian morir;

y las penas que se les imponen, se pueden ver en las leyes del tít. 22 Part. 7 y en las del título 11 lib. 8 de la Rec., especialmente la 4 y 5 (im).

y los de la 5ª perder la casa y pagar diez libras de oro: leyes 4 tit. 6 y 2 tit. 22 Part. 7. Las leyes recopiladas sin hacer distincion de clases, señalan por primera vez, siendo mayores de 17 años, la pena de vergüenza pública y diez años de galeras: cien azotes y galeras perpétuas por segunda y muerte de horca por tercera, perdiendo ademas las armas y ropa que llevaren cuando se les aprehenda, para lo que se faculta á cualquiera que los halle, pero con la condicion de presentarlos inmediatamente á la justicia: leyes 2 y 3 tit. 27 lib. 12 Nov. No obstante, estas penas no estan en observancia, y el suplicio capital se ha conmutado por costumbre general con la pena de azotes, con la de sacar á los alcahuetes emplumados ó con una coroza en que se pintan figuras alusivas á sus delitos, añadiendo á los maridos una ensarta de astas de carnero al cuello y luego se les envia á presidio y á las mugeres á reclusion; bien que de esta pena se ha suprimido ese ridículo aparato. Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 46.

(im) Para concluir con los delitos de incontinencia diremos algo de la *bigamia*, *prostitucion* y *amancebamiento*. El matrimonio doble, es un adulterio calificado por las circunstancias de contrato y sacramento que le son anexas, se le da el nombre de *bigamia* cuando es con dos personas y de *poligamia* cuando es con mas; aunque con ellos se designa tambien el estado de una persona que ha tenido sucesivamente dos ó mas maridos, por lo cual se distingue la bigamia ó poligamia en *simultánea ó sucesiva.* Al matrimonio de una muger con muchos hombres se llama *poliandria.* No hablamos aqui de la poligamia sucesiva que es inocente, sino de la simultánea, de la que la ley 16 tit. 17 Part. 7 se esplica asi: *Maldad conocida facen los omes en casarse dos veces á sabiendas viviendo sus mugeres, é otrosi las mugeres sabiendo que son vivos sus maridos;*

12—El tercer delito público es el *homicidio*, el

y le señala la pena de destierro á una isla por cinco años y pérdida de los bienes que tuviere en el lugar del delitò, con aplicacion por mitad al engañado y al fisco, no teniendo hijos ó nietos. Si los dos contrayentes eran sabedores del primer enlace, ambos eran desterrados á islas separadas, y los bienes del que no tenia hijos ó nietos se aplicaban al fisco. Despues se impuso á los bigamos de esta especie la pena de aleve, la de ser marcados en la frente con un hierro ardiendo, la de pérdida de la mitad de sus bienes y la de cinco años de destierro á isla: leyes 6 y 7 tit. 28 lib. 12 Nov. La marca que por fin quedó abolida, se reemplazó por la pena de vergüenza pùblica; y el destierro de cinco años se conmutó despues en diez años de galeras, que en el dia corresponden sin duda á trabajos forzados en algun presidio: ley 9 tit. 28 allí.—*Prostitucion* es, *el tráfico vergonzoso que una muger hace de sí misma:* las rameras pueden ser aprehendidas no solo en las calles sino tambien en los paseos y aun en sus posadas, y se les ha prohibido tener criadas menores de cuarenta años: ley 8 tit. 26 lib. 12 Nov. No obstante, no se observan estas disposiciones en todo su rigor sino cuando haya escándalo ó alguna tiene pervertido algun hijo de familia, ú hombre casado en cuyos casos se la destierra del lugar ó se pone en reclusion, especialmente si se dá queja contra ella ó si desprecia las amonestaciones que se la hagan: Gutierrez, *pract. crim.* tom. 3 c. 9 n. 11. Contra el hombre que usa de una meretriz no hay pena señalada, y por tanto aunque ésta salga embarazada no podrá quejarse del autor de su preñez ni reconvenirle por ninguna indemnizacion: Gutierrez lug. cit. n. 12. Las mancebías ó casas de prostitucion estan prohibidas bajo la pena á la autoridad que las consienta, de perder el empleo y pagar la multa de 50 mil maravedis para el fisco, juez y denunciador: ley 7 tit. 26 lib. 12 Nov. El que alquile á sabiendas su casa para este objeto, debe perderla y ademas pagar la multa de diez libras

que no es otra cosa, que dar la muerte á un hom-

de oro: ley 2 tit. 22 Part. 7. Finalmente, *amancebamiento ó concubinato*, es *el trato ilícito y continuado de hombre y muger*. Cualquier hombre que se lleva una muger casada y la tiene públicamente por manceba, sino la entrega á la justicia luego que sea requerido por ésta ó por el marido, ademas de las otras penas del derecho, pierde la mitad de sus bienes á favor del fisco. Asimismo se confisca la mitad de sus bienes al que siendo casado toma manceba, y vive con ella juntamente en una casa y no con su muger: ley 2 tit. 26 lib. 12 Nov.—El casado que tuviere manceba públicamente pierde el quinto de sus bienes hasta la cantidad de 10 mil maravedis por cada vez que se le halle con ella, los cuales se depositan en poder de uno ó dos parientes de la manceba para que se los entreguen á ésta si dentro de un año se casa, ó entra en monasterio, ó hace vida honesta; y en caso contrario se reparten entre el fisco, el acusador y el juez: ley 1 alli. Si el amancebado fuese clérigo ó fraile debe sufrir las penas impuestas por el derecho canónico, y su manceba debe ser hecha presa por la justicia, aunque se halle en casa del clérigo y condenada por la primera vez á pena de un marco de plata que en América debe ser doble, segun la ley 5 tit. 8 lib. 7 Rec. Ind., y un año de destierro del lugar: por la segunda á la de otro marco, que son ocho onzas y destierro de dos años; y por la tercera á la de otro marco y cien azotes y otro año de destierro; pero si la tal manceba fuere casada, no puede ser perseguida en juicio sino por su marido, á no ser que éste consienta el delito, en cuyo caso debe proceder de oficio la justicia. La manceba pública de hombre casado está sujeta á las mismas penas que la de fraile ó clérigo: leyes 3 y 4 de dicho tit. 26. Ultimamente, téngase presente, que por real órden de 22 de febrero de 1815 se manda castigar los escándalos y delitos públicos ocurridos por voluntarias separaciones de los matrimonios y vida licenciosa de los cónyuges ó alguno de ellos, y por amance-

bre, sea libre ó siervo (18). Esto se puede verificar de tres maneras, ó *con dolo*, es decir, con intencion directa de matar, ó en *propia defensa*, ó finalmente *por acaso*. De aqui, pues, nace la division del homicidio en *doloso* ó *determinado*, en *justo* y *casual* (19) (in). Solo el de la primera especie

bamientos tambien públicos de personas solteras, valiéndose primero de amonestaciones y exhortaciones privadas, y procediendo despues conforme á derecho contra los que obstinadamente las desprecien. Y en otra real órden de 10 de marzo de 1818 se reencarga á los tribunales y jueces el puntual cumplimiento de la anterior, disponiendo que no formen causas sobre amancebamientos, sin haber precedido comparecencia y amonestacion judicial y que haya sido ésta despreciada; y que llegado el caso de formarlas se abstengan de imponer por este delito la pena de presidio, aun en los correccionales, ni otra infamatoria, debiendo limitarse á las pecuniarias, á la de reclusion en hospicios ó casas de correccion, ó la de aplicacion al servicio de las armas, segun lo exijieren las circunstancias. No debe olvidarse, en fin, que la ley 6 tit. 8 lib. 7 Rec. de Ind. prohibe imponer á los índios penas pecuniarias y castigarlos con la pena del marco.

(18) Ley 1 tít. 8 Part. 7.

(19) Dicha ley 1 tít. 8 Part, citada.

(in) *Homicidium* en latin, dice la ley 1 tit. 8 Part. 7, *tanto quiere decir como matamiento de ome.* La palabra *homicidio* se ha formado por contraccion de las latinas *hominis* y *cædes*: las Partidas le llaman tambien *omezillo*. El homicidio se divide en *voluntario* é *involuntario*: aquel se dice tambien *necesario* por la ley, cuando se comete contra un injusto agresor, de cuyas manos no podemos librar nuestra vida sino matándole: leyes 16 tit. 6 Part. 1 y 8 tit. 8 Part. 7. El *voluntario*, á diferencia del involuntario, es el que se comete á sabiendas y con intencion, esto es, con

es delito, y el que lo comete tiene la pena de muerte de horca (20), sin que escuse el qne la muerte haya sido dada en riña ó desafio (21) (io). No solo es culpable de esta especie de homicidio el

conocimiento de lo que se hace y con ánimo de quitar la vida. Puede ser simple ó calificado: *simple* es el que no va acompañado de circunstancias que lo agraven; y *calificado*, el que por razon de la persona, del lugar, del fin, del instrumento ó del modo, adquiere un grado de gravedad que inspira mas aversion contra el delincuente. El homicidio *involuntario* puede ser culpable ó inculpable: será *culpable* cuando se comete por imprudencia ó impericia; y será *inculpable*, cuando sea puramente casual.

(20) Leyes 4 y 10 tít. 23 lib. 8 de la Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tít. 21 lib. 12 Nov. Rec.

(21) Ley 3 tít. 23 lib. 8 Rec. Ley 4 tít. 21 lib. 12 Nov. Rec.

(io) El que comete homicidio *simple*, aunque sea en pelea ó riña, incurre en pena de muerte; pero quedará esento de toda pena el que matare al que halle yaciendo con su muger, donde quiera que sea, ó con su hija ó hermana en su propia casa; al que encuentre llevándose una muger forzada para yacer con ella ó con quien haya yacido; al ladron que hallare de noche en su casa hurtando ú horadándola, ó huyendo con el hurto sin querer darse á prision; al salteador famoso de caminos que no se deja prender; al que de noche le quema ó destruye sus casas, campos, árboles ó mieses; al que aun de dia quisiere apoderarse por fuerza de sus cosas; al que le acometiere á él, ó á su muger, ó á pariente dentro del cuarto grado con cuchillo, espada ú otra arma capaz de matarle; al soldado que abandonando sus banderas en el campo de batalla ó pasándose al enemigo, hace resistencia cuando se le quiere prender en el camino: leyes 2 y 3 tit. 8 Part. 7, y 1, 2 y 4 tit. 21 y 1 tit. 28 lib. 12 Nov.

que determinadamente va á matar, ó mata á otro, sino tambien el que pone los medios para que muera. Asi, pues, deben ser castigados como homicidas: 1.º los médicos y cirujanos que no sabiendo sus artes con perfeccion causan la muerte á alguno (22): 2.º las madres que procuran el aborto (23): 3.º el boticario ó botanico que vende bebidas, ó yerbas nocivas, sabiendo que se piden para dar muerte a alguno (24): 4.º el juez que maliciosamente da sentencia de muerte contra el reo que no la merece: 5.º el que presta armas o ausilio para matar; y 6.º el que castra á otro (25).

13—Este homicidio determinado comprende otras dos especies, y son el que se llama de *muerte segura*, y *de traicion* ó alevosia. El que mata à muerte *segura*, es decir, de un modo en que no es posible evitar la muerte, v. g., con arcabuz ó pistola, ademas de la pena de muerte, se le confisca la mitad de sus bienes (26); y el que matare á traicion, es decir, con engaños ó semejanza de amistad, tiene la pena de ser arrastrado y ahorcado, con confiscacion de todos sus bienes, la mitad para el rey, y la otra mitad para los herederos del muerto (27) (ip).

(22) Ley 6 tít. 8 Part. 7.
(23) Ley 8 del citado tít.—(24) Ley 7 allí.
(25) Leyes 10, 11 y 13 del mismo tít. 8.
(26) Ley 10 tít. 23 lib. 8 Rec. Ley 2 tít. 21 lib. 12 Nov. Rec.
(27) Dicha ley 10 allí.
(ip) El homicidio voluntario puede ser *calificado* por razon de la *persona* cuando se comete por el padre, madre, hijo, hermano ú otro pariente inmediato, por la muger ó por el marido; ó en un reciennacido ó que está por nacer, ó en el rey, ó en un eclesiástico, ma-

14—El que mata *por ocasion*, ó sin dolo ó intencion de matar, ó por exijirlo su propia defensa, aunque por lo regular no carecerá de culpa, no se le impondrá la pena ordinaria del homicidio, sino otra mas moderada, atendidas las cir-

gistrado, juez ú otro funcionario; ó bien por un juez, médico, cirujano ó boticario en el ejercicio de sus funciones. Por razon del *lugar*, lo es cuando se comete en la iglesia ó en el cementerio, ó en el palacio del rey y aun en la corte y su rastro. Lo es por razon *del fin*, como cuando se hace robando en un camino, en cuyo caso incurre el ladron homicida en las penas de muerte y de confiscacion de la mitad de sus bienes: ley 9 tit. 21 lib. 12 Nov. Lo es por razon del *arma ó instrumento*, como si se hace con escopeta, fusil ó pistolete, en cuyo caso, aun cuando solo se hiera, el agresor es tenido por alevoso y pierde todos sus bienes: ley 12 alli. Lo es finalmente, por razon del *modo*, como si se comete premeditadamente, á traicion ó con alevosía, asechando en algun paraje á su enemigo, disfrazándose ó valiéndose de alguna otra industria, cojiéndole desprevenido, ahogándole, ahorcándole, dándole veneno ó bien en desafio, ó incendiando la casa en que se encontrare. El homicidio *alevoso*, que es el que se hace á muerte segura, esto es, sin pelea, guerra ó riña se castiga con la pena capital, la de ser arrastrado y confiscacion de la mitad de sus bienes; y el homicidio á *traicion*, con las mismas penas de muerte, arrastramiento y confiscacion de todos los bienes: ley 2 tit. 21 cit. Escriche, palabra *Homicidio*. Por el art. 24 de la ley de tribunales de 23 de diciembre de 1851, se estableció lo siguiente: « No podrá imponerse la pena de muerte sino por los crímenes que atenten contra el òrden público, por el de asesinato, homicidio alevoso ó premeditado y seguro, y por los delitos puramente militares que tengan pena capital por la Ordenanza del Ejército. »

cunstancias (28) (iq).

15—Síguese el delito del *parricidio*, y aunque este significa en rigor la muerte del padre; con todo, aqui se toma mas latamente por *todo homicidio cometido entre parientes cercanos*: v. g., cuando el padre mata á su hijo ó el hijo á su padre, ó el abuelo al nieto, ó el nieto á su abuelo,

(28) Véanse las leyes 4, 5 y 6 tít. 8 Part. 7, y 11 12 y 13 tít. 23 lib. 8 Rec. de Cast. Leyes 13 14 y 16 tít. 21 lib. 12 Nov. Rec.

(iq) *Homicidio casual* es, el que se ejecuta por mero accidente ó caso fortuito, sin culpa ni falta alguna del que le causa, como si corriendo uno á caballo en lugar destinado para ello, se atravesase improvisamente alguna persona y muriere atropellada. Algunos adoptan la division de homicidio casual *sin culpa* y homicidio casual *con culpa*; pero éste no es puramente casual, sino el cometido por imprudencia ó impericia. Hay homicidio por *imprudencia*, cuando riñendo dos personas quitan la vida sin querer á otra que se acerca; cuando un padre, maestro ó amo castigan al hijo, discípulo ó criado de manera que mueren de las heridas ó golpes; y en fin, en otros casos en que no interviene malicia alguna sino solo culpa ó negligencia. Hay homicidio por *impericia* cuando el médico diere al enfermo medicina tan fuerte que le mata: cuando el cirujano en la curacion del herido ó llagado se conduce de tal modo que le causa la muerte; y cuando alguno para hacer embarazada á una muger le suministra yerbas ù otra cosa de que llega á fallecer. En el homicidio por imprudencia se impone la pena de cinco años de destierro á una isla; y en el homicidio por impericia la misma pena de destierro y ademas la de privacion de oficio: leyes 5, 6 y 9 tit. 8 Part. 7. Mas parece que las leyes 6 y 7 tit. 17 lib. 4 del Fuero Real, que son las 13 y 14 tit. 21 lib. 12 Nov. solo quieren que se imponga pena pecuniaria, segun la mayor ó menor gravedad de la culpa.

o á su bisabuelo, ó alguno de ellos á él, ó el hermano al hermano, ó el tio á su sobrino, ó el sobrino al tio, ó el marido á su muger, ó la muger á su marido ó suegro, y la suegra á su yerno ó nuera, ó el yerno à la nuera, ó el padrastro ó la madrastra á su entenado, ó este á su padrastro ó madrastra, ó el liberto á su patrono (ir).

(ir) El *infanticidio, uxoricidio* y *fratricidio,* como se ha visto, no son mas que otras tantas especies de *parricidio*, y antiguamente lo era tambien el homicidio de un patricio. *Infanticidio* es. la muerte dada por sus mismos padres á un niño en el seno de su madre ó despues de su nacimiento. Puede cometerse por el aborto voluntario, por la esposicion de parto, ó por violencia ejercida sobre la criatura despues de haber nacido. La muger preñada que á sabiendas tomase yerbas ú otra cosa, ó se hiriere ó golpeare el vientre para abortar, si el feto estaba ya animado, incurre en pena de muerte, y si aun no estaba animado, se le debe desterrar á alguna isla por cinco años. La misma pena tiene el marido, esté ó no animado el feto, si ocasionare el aborto; pero si otro estraño cometiere este exceso deberá sufrir las mismas penas que la madre, con la espresada distincion: ley 8 tit. 8 Part. 7 La *esposicion de parto* se reduce á poner la criatura, luego que nace, en las calles, caminos ó lugares escusados, con manifiesto peligro de que muera de frio ó hambre, ó por otro motivo. La ley 5 tit. 37 lib. 7 de la Novísima, única que trata de este delito, nada dice en órden á la pena corporal ú otra que debiera imponerse á sus autores y solo previene que éstos sean castigados con toda severidad. El infanticidio cometido despues del nacimiento de la criatura, se castiga, segun las leyes 8 y 12 tit. 8 Part. 7. con pena de muerte. Véase la ley 7 tit. 3 lib. 6 Fuero Juzgo. *Uxoricidio* es la muerte de la muger; *fratricidio* la del hermano y *sororicidio* la de la hermana. Del *suicidio* ú homicidio de sí mismo, nada

El que comete este delito, sea la especie de muerte que fuere, tiene la pena de ser azotado públicamente, y despues encerrado en un saco de cuero, y con él un perro, un gallo, una culebra y un mono, y despues cosiendo la boca del saco lo echen al mar ó rio mas cercano del lugar donde acaeciere. La causa de castigarle de esta manera es, por juzgarse el parricida como indigno del uso de todos los elementos, acompañándosele con unos animales que son tan atrevidos como él para con sus padres (29). Esta pena no está en uso con toda la acervidad referida, y lo que se practica es, que el parricida sufra la muerte de horca, y ya muerto se le encierra en el cuero con los animales que hemos dicho, pintados por defuera. Incluido en el saco, se le arroja en el rio ó laguna mas cercana, é inmediatamente se permite a algunas personas piadosas que lo estraigan, y lo entierren en lugar sagrado (is).

hay que decir, pues la única pena que imponia nuestro derecho, muy filosófico en este punto, como observa Gutierrez, no tiene ya lugar, pues era la confiscacion de los bienes del suicida que no tenia herederos descendientes: leyes 24 tit. 1 y 1 tit. 28 Part. 7, y 15 tit. 21 lib. 12 Nov. R.

(29) Ley 12 tít. 8 Part. 7.

(is) Despues de haber hablado del homicidio consumado ó que las leyes reputan como tal, conviene decir algo del incoado ó sea de las *heridas*, bajo cuyo nombre se comprende *toda lesion hecha con violencia en las partes duras* ó *blandas del cuerpo humano animado*, aun cuando llegue á separarse alguna, que es lo que se llama propiamente *mutilacion*. Las heridas pueden inferirse con premeditacion, en un arrebato de cólera, por casualidad ó en propia defensa. De las heridas calificadas de graves, la mas notable es la *castra-*

16—El delito de *falsedad* comprende muchos y diversos casos; pero todos consisten en fingir ú ocultar la verdad (30) (it). Tales son: 1.º el escribano

cion, que es una especie de mutilacion que la ley 13 tit. 8 Part. 7 castiga con la pena del homicida, sino es que se haga por razon de enfermedad que asi lo exija. En las demas heridas, si de ellas se sigue la muerte y no fueren inferidas por casualidad ó en propia defensa, son castigadas como homicidio simple ó calificado, segun ellas fueren; mas sino se sigue la muerte se distingue: si fueron hechas con asechanzas, el heridor se reputa homicida, aunque no se siga la muerte: si se hicieron con arcabuz ó pistolete, se le reputa alevoso y la mitad de sus bienes es para el herido; y en los demas casos se impone la pena segun las circunstancias y grado de gravedad del delito: leyes 3 y 12 tit. 21 lib. 12 Nov.

(30) Principio y ley 1 tít. 7 Part. 7. *Falsedad es mudamiento de la verdad.*

(it) Para la existencia del delito de falsedad se requiere que haya mutacion de la verdad; que se haga con mala intencion, y que perjudique ó pueda perjudicar á otro. Puede cometerse este delito de cuatro modos, á saber: con palabras, con escritos, con hechos ó acciones y por uso. Del primer modo cometen falsedad: 1º los testigos que en juicio deponen contra la verdad: 2º los que sobornan, corrompen ó instruyen á los testigos para que falten á la verdad ó la encubran, y los que se valen á sabiendas de sus falsas declaraciones: 3º los jueces que sentencian á sabiendas, contra derecho: 4º los que trabajan por corromper á los jueces para que den sentencia injusta: 5º los abogados ó procuradores que ayudan de cualquier modo á la parte contraria: 6º los abogados que alegan leyes falsas: 7º los jueces, escribanos ó depositarios que enteran á la parte de las cosas reservadas que debieran ocultarla: 8º los que sabiendo secretos del rey los descubren maliciosamente y los que á sabiendas le dicen mentira: 9º los que en sus esposiciones al rey sienten hechos falsos ó callan hechos

público que hace algun testamento, escritura ú otro

verdaderos, que es lo que se llama *obrepcion* y *subrepcion*. Del segundo modo cometen falsedad: 1º el notario, escribano ú otra persona que á sabiendas escribe ó autoriza instrumento falso, ó alguna diligencia ó auto: 2º el que altera algun instrumento verdadero: 3º el que estando encargado de estender un testamento de otro, se incluye en él como heredero ó legatario: 4º el que saca una copia ó trasunto de modo diferente de como se halla escrito el original: 5º el que finje ó falsifica la firma de otro: 6º el que fraudulentamente se muda el nombre ó apellido: 7º el que suprime, hurta, esconde ó inutiliza alguna escritura á fin de que no se sepa su contenido. Cometen falsedad con *hechos* ó *acciones*: 1º el que usurpa ó ejerce, sin serlo, las funciones de sacerdote, juez, notario ó médico: 2º el que maliciosamente se muda el nombre que tiene ó usa del ageno en perjuicio de tercero: 3º la muger que fingiendo un parto que realmente no ha tenido, supone como suyo el hijo de otra muger: 4º el que hace ó manda hacer sellos ò cuños falsos: 5º el que fabrica moneda falsa ó cercena ó adultera la verdadera: 6º el que fraudulentamente labra piezas de plata ú oro con mezcla de otro metal· 7º el boticario que adultera los medicamentos dando una cosa por otra: 8º el que á sabiendas vende ó compra con medidas ó pesas falsas: 9º el que vende dos veces una misma cosa y toma el precio de ambos compradores: 10º el agrimensor que procediendo de mala fé en la medicion de tierras, diere á uno mas y á otro menos de lo que les corresponde: 11º el contador que maliciosamente cometiere error en alguna cuenta. Cometen falsedad por *uso*, ó mas bien por *abuso*, todos los que á sabiendas se aprovechan de la falsedad cometida por otros, como v. gr., el que dolosamente presenta en juicio un instrumento falso que otro ha hecho: leyes 8 tit. 9, 5 tit. 13 Part. 2, 36 tit. 18 Part. 3, 28 tit. 1 y 1 á 9 tit. 7 Part. 7, 10 tit. 12 lib. 4 Fuero Real y 3 tit. 8 lib. 7 Rec. de Ind.

instrumento falso, ó cancelase ó mudase alguno verdadero. Este tiene la pena de cortarle la mano con que la escribió, y de ser infame para siempre (31): 2.º el testigo que diere falso testimonio, ó negare la verdad sabiéndola. A este se le condena a la misma pena que debia imponerse al reo si se le probase el delito que se le imputa (32): 3.º el que falseare bulas del Papa, ó cédulas, privilegios o sellos; el cual delito tiene pena de muerte, y confiscacion de la mitad de los bienes á favor de la cámara del rey (33): 4.º el que acuña moneda falsa de oro ó de plata, ó de otro metal, à quien se impone la pena de ser quemado, perdiendo todos sus bienes para la camara (34) (iu).

17—Estas son las principales especies de falsedades: otras muchas refieren las leyes, y les imponen sus correspondientes penas, que pueden ver-

(31) Ley 6 tít. 7. Part. 7.

(32) Ley 4 tít. 17 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 6 lib. 12 Nov. Rec.

(33) Leyes 4 y 6 tít 7 Part. 7 y 4 tít. 17 lib. 8 Rec. de Cast. Ley 4 tít. 6 lib. 12 Nov. Rec.

(34) Leyes 9 tít. 7 Part. 7, 11 y 67 tít. 21 lib. 5 y 4 tít. 6 lib. 8 Rec de Cast. Leyes 1 tít. 17 lib. 9, 3 tít. 8 lib. 12, y 2 tít. 22 lib. 12. Nov. Rec.

(iu) La accion para acusar al falsario dura veinte años desde la perpetracion del delito, y puede ejercerse por cualquiera del pueblo: ley 5 tit. 7 Part. 7. La pena del falsario, hablando en general, es la de destierro perpétuo en alguna isla, y la confiscacion de sus bienes, si carece de ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado que sean sus legítimos herederos, deducidas sus deudas y la dote y arras de su muger: ley 6 allí. El falsario, ademas, como todo delincuente, está obligado á resarcir los daños y perjuicios que de la falsedad se originaren. Escriche, palabra *Falsedad.*

se en ellas mismas (35) (iv).

18—A este título tambien pertenece *la fuerza*, que no es otra cosa que una violencia que no puede resistir el que la padece (36). Se divide en *pública* ó con armas, y *privada* ó sin ellas. La *pública* es una violencia atroz, principalmente ocasionada por las armas, con la que se turba la seguridad pública. La *privada* es, una fuerza menos grave cometida sin armas contra los privados (ix).

(35) Todo el tít. 7 Part. 7, tít. 17 lib. 8 Rec. de Cast. y leyes 1, 2 y 5 tít. 13, y 1, 5, 6 tit. 22 lib. 5 Rec. Tít. 6 y 8 lib. 12 Nov. Rec.

(iv) Hay otra especie de falsedad llamada *estelionato*, y es el delito que comete el que maliciosameute defrauda á otro, encubriendo en el contrato la obligacion que sobre la hacienda, alhaja ú otra cosa tiene hecha anteriormente: ley 1 tit. 16 Part. 7. La palabra *estelionato* trae su orígen de la latina *stellio*, que se daba á una especie de lagarto dotado de mucha astucia y muy venenoso, conocido tambien con el nombre de *salamanquésa*, y se aplica â los *estelionatarios*, porque emplean todo género de ardides y sutilezas para encubrir sus fraudes. Se usa para designar toda especie de fraude ó engaño que no tiene una denominacion particular, aunque nuestras leyes se sirven mas comunmente de las palabras *engaño y baratería*: ley 9 allí. El que comete un estelionato es, pues, tenido por falsario, debe satisfacer los daños y perjuicios y ademas incurre en la pena de destierro temporal segun las circunstancias: leyes 3 de dicho título 16, y 6 tit. 7 Part. 7.

(36) Ley 1 tít. 10 Part. 7.

(ix) Hace fuerza *con armas*: 1° el que acomete ó hiere á otro con armas de hierro, madera ó fuego, ó con piedras ú otra cualquier cosa que haga daño: 2° el que lleva consigo hombres armados para hacer mal: 3° el que estando armado encierra ó combate á otro en su casa ú otro lugar, ó le prende ó le precisa á hacer

La pena impuesta á los que hacen la primera especie de fuerza es, destierro perpetuo, y que si no tienen parientes de los ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, todos los bienes que tuvieren deben ser para la camara del rey, sacando las arras de su muger, y las deudas contraidas hasta el dia en que fué dada la sentencia. Si la fuerza fuere del segundo modo o sin armas, tambien debe ser desterrado para siempre el forzador; pero solo se le confiscara la tercera parte de sus bienes, y si tuviese algun oficio honorífico, lo debe perder y quedar infame (37) (iy). La fuerza que se ha-

algun pacto contra su voluntad: 4º el que con gente armada va á quemar ó robar algun pueblo, casa, nave ú otro lugar; y 5º el que junta hombres armados con intencion de meter escándalo ó bullicio en algun pueblo ú otro paraje: ley 1 tit. 10 Part 7. Se entiende que hacen fuerza con armas, aunque formalmente no las lleven: 1º el que en la confusion de un incendio, hurta ó roba algunas cosas de las que habia en la casa incendiada: 2º el que en el propio caso de incendio prohibe á los concurrentes que lo apaguen ó que libren las cosas del dueño: 3º el juez que por malicia ó ignorancia, sobre no conceder la apelacion, prende, hiere, insulta ó maltrata al que la pide: 4º el que exije contribuciones que no estan impuestas ó aprobadas por el gobierno; y 5º el litigante que presentándose con hombres armados en el juicio, hace encubiertamente amenazas capaces de intimidar á los testigos, á los abogados ó á los jueces: leyes 3 á 6 tit. 10 Part. 7.

(37) Ley 8 tít. 10 Part. 7.

(iy) Ademas de las citadas penas en que incurren los autores de la fuerza y los que les dieren ayuda ó consejo, deben satisfacer al forzado en cualesquiera casos, todos los daños y perjuicios que le hubieren ocasionado, sin mas justificacion del importe de unos y otros

ce á alguna muger para pecar con ella, se reduce á la pública, y tiene la pena de muerte (38) (iz).

19—Otro delito público es, el de los *sacrílegos*

que el juramento del forzado, previa la averiguacion y estimacion del juez con respecto á su calidad y riqueza: ley 9 allí —Respecto de los militares está prevenido por la Ordenanza, trat. 8 tit. 29 art. 82, que el forzador de muger honrada, sea doncella, casada ó viuda, sea pasado por las armas; y si solo hubo esfuerzos para conseguirlo con intencion deliberada, sea castigado con diez años de presidio ó seis de arsenales; no habiendo amenaza con armas, ni padeciendo la muger daño notable en su persona, pues en cualquiera de estos dos casos, el esfuerzo se castiga con pena de muerte. Finalmente, se advierte que no incurren en pena alguna los que se arman ó juntan jente en su casa para defenderse de la fuerza que temen: *Vim vi repellere omnes leges, omniaque jura permittunt:* leyes 2 tit. 8 y 7 tit. 10 Part. 7

(38) Ley 3 tít. 20 Part. 7.

(iz) Las leyes de Partida no distinguen este delito del *rapto*, que es el robo que se hace de alguna muger para corromperla ó casarse con ella. Hay dos especies de rapto; *rapto de fuerza* y *rapto de seduccion*: el primero es el que se ejecuta con violencia contra la voluntad de la persona robada; y el segundo es el que se perpetra sin resistencia de ésta, consintiendo en él mediante promesas, alhagos ó artificios de su raptor El rapto de fuerza es un crímen contra la persona robada y su familia, y el de seduccion no se hace en realidad sino contra los padres, marido ó tutor de la seducida; y se advierte, que comprendiendo la ley 3 tit. 20 Part. 7 á toda muger que no sea doncella, viuda honesta, casada ó religiosa, es claro que el raptor ó forzador de una ramera debe tambien ser castigado, porque efectivamente comete un atentado contra el órden público y la libertad personal de la ramera. Gutierrez *pract. crim.* tom. 3 cap. 9 n. 24.

ó ladrones de las cosas de la iglesia, y el de los que hurtan el dinero público ó del fisco. Estos tienen la pena de muerte, segun dijimos en el título de los hurtos (39) (oa).

(39) Ley 18 tít. 14 Part. 7.

(oa) De los ladrones sacrílegos hemos hablado en la nota (ib) pag. 197, y ahora espondremos algunas ideas respecto del delito de *peculado* y del *contrabando*. *Peculado* es, la substraccion de caudales del erario, hecha por las mismas personas que los manejan: *Peculatus propriè est, pecuniæ publicæ vel fiscalis furtum; et peculator dicitur qui de principis vel populi ærario furatur* La que comete un particular, no pasa de un hurto gravemente calificado, pero la de los empleados y sus aconsejadores y encubridores corresponde á este lugar y son castigados con pena de muerte, si fueren demandados por el fiscal ó concejo, dentro de cinco años contados desde que se tuvo noticia del delito, y pasados solo se les puede obligar á pagar el cuádruplo: ley 18 tit. 14 Part. 7. El que teniendo dinero del erario ó de algun comun, para pagar salarios, hacer labores ó cosas semejantes lo invirtiese en su propia utilidad, deberá pagar ademas de restituirlo, un tercio de su importe: ley 14 alli. Los tesoreros, receptores y administradores que hicieren uso de los caudales públicos, aunque luego los apronten, deben perder el empleo y quedar inhabiles para obtener otro; y si hay descubierto y no lo reintegran, incurren en la pena de dos hasta diez años de presidio, y por la reincidencia se agrega la calidad de retencion, y si se alzaren con dichos caudales serán castigados con el último suplicio: Reales decretos de 5 de mayo de 1764, y 17 de novienbre de 1790. *Contrabando* es, todo comercio que se hace contra las leyes, ya sea de géneros cuya importacion ó exportacion se halle absolutamente prohibida, ya de otros cuya fabricacion y despacho se haya reservado el gobierno. Es pena comun de todo contrabando la de comiso ó pérdida de

20—El *hurto de hombre vivo*, sea libre ó siervo, á que llaman en derecho *plagio*, se castiga si es hijo-dalgo el ladron, con destierro perpetuo, y si fuere de inferior calidad, con pena de muerte (40) (ob).

21—Del delito que cometen los jueces que se dejan corromper por dinero y sus penas, hemos tratado en el título V. de este libro (41) (oc).

los géneros, carruages, caballerías ó buques en que se conduzcan, y otras segun la calidad del contrabando. Gutierrez tom. 3 cap. 6, y véanse sobre esta materia, entre otras, las leyes de 9 de junio de 1830 y de 1 de agosto de 1832.

(40) Ley 22 de dicho tit. 14 Part. 7.

(ob) La palabra *plagio* viene, segun dicen algunos, de la latina *plaga* que significa llaga, herida, calamidad, infortunio; y á la verdad ¿que herida mas profunda puede hacerse al corazon de un padre que la de privarle de lo que mas ama en el mundo? Tambien se llaman *plagiarios* los que se dan por autores de los escritos agenos y los publican á su nombre atribuyéndose la gloria y la utilidad. Escriche, palabra, *Plagiario*.

(41) Ley 8 tít 1 Part. 7.

(oc) *Prevaricato*, no solo es el delito de los empleados públicos que faltan á las obligaciones de su oficio quebrantando la palabra, fé, religion ó juramento; sino tambien el que cometen el abogado y procurador que violando la fidelidad debida á su cliente, favorecen á su contraria. Este engaño, que es una especie de falsedad y *ha en si ramo de traicion*, se castiga con destierro perpetuo y confiscacion: leyes 1 y 6 tit. 7 y 11 tit. 16 P. 7. Como este delito se comete regularmente por interes, lleva el nombre de *cohecho* ó *soborno*, y tambien el de *concusion* cuando el que lo comete es juez ó funcionario público, á quien se llama *concusionario*. A esto daba el derecho romano el nombre de *crímen repetundarum*, porque las cantidades exijidas ó tomadas se podian repetir, lo mismo que por nuestro derecho, segun

22—El delito de los que encarecen los mantenimientos y artículos de primera necesidad, se puede tambien acusar por cualesquiera del pueblo (42), por resultar manifiestamente en daño de la república, y principalmente de las personas pobres (43). Tal es el delito de los *regatones*, asi llamados porque tienen por oficio y manera de vivir el comprar pan, carne, trigo, harina y otros frutos de necesidad para venderlos mas caro (44) (od). Estos se castigan con diversas penas, ya de perder los gé-

lo tenemos ya esplicado en la nota (ff) pag. 64.—En órden al que cometen los jueces, lo distinguen los autores en *baratería*, que es cuando el juez recibe dádivas sin faltar á la justicia; v. gr. por abreviar la decision; y en *cohecho* propiamente dicho, que es cuando se recibe alguna cosa por un fallo injusto. La *baratería* es la venta de la justicia; y el *cohecho* por el contrario, es la venta de la injusticia: por la *baratería* compra el litigante la declaracion de un derecho que le pertenece, y tal vez redime una vejacion; y por el *cohecho* compra la adjudicacion de un derecho que no le corresponde, la absolucion de un culpado ó la condenacion de un inocente. Es claro pues, que el *cohecho* es un delito mucho mas grave que la *baratería*. Escriche, palabra *Baratería*.

(42) Ley 1 tít. 14 lib. 5 de la Rec. Ley 6 tít, 17 lib. 3 Nov. Rec.

(43) Ley 19 tít. 11 lib. 5 Rec. Ley 3 tít. 19 lib. 7 Nov. Rec.

(44) Dicha ley 19.

(od) Como la *regatonería* es una especie de monopolio que está prohibido por las leyes, diremos aqui algo acerca de ambos para mayor instruccion de los cursantes. *Monopolio* es, la liga ó convencion que hacen á veces los mercaderes ó menestrales de no vender sus mercaderías ú obras sino á cierto precio; como tambien el tráfico abusivo y odioso de quien se hace dueño de todas las mercaderías de un género, con el fin de darles

neros, ya de destierro del lugar por el tiempo de seis meses, un año ó mas (45), ya con pena de azotes o de multa pecuniaria (46) (oe).

el mayor valor. Esta voz se deriva de las palabras griegas *monos* que significa *uno*, y *poleo* que significa *vender*. Los monopolistas incurren en las penas de confiscacion de todos sus bienes y destierro perpetuo del pueblo de su domicilio; y los jueces que consientan los monopolios, en la de cincuenta libras de oro para el fisco: leyes 2 tit. 7 Part. 5, 11 tit. 12 lib. 12 Nov. Rec. y Acevedo en la ley 4 tit. 14 lib. 8 Rec. de Cast. La *regatoneria* es el comercio que hacen los que salen á los caminos, calzadas ó garitas á comprar comestibles para venderlos mas caros. Este tráfico está prohibido por las leyes 6 á la 17 tit. 17 lib. 3 Nov. mandadas observar por la 9 tit. 5 lib. 9 del mismo código, y la ley 6 tit. 18 lib. 4 Rec. de Ind. manda que á los regatones se ponga tasa.

(45) Dicha ley 19 y 24 del mismo tít.

(46) Leyes 1, 2, y autos acordados del tít. 14 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 6 y 7 tít. 17 lib. 3 Nov. Rec.

(oe) Para completar en lo posible esta importante materia de delitos y penas, haremos aqui una lijera reseña de éstas. Las penas, pues, son de cinco clases: 1ª *Corporales aflictivas*, que son las que producen un sufrimiento físico ó exijen un trabajo corporal, como la de muerte, mutilacion, trabajos de arsenales, minas, presidio, obras públicas, azotes, servicio de hospitales y el de las armas. 2ª *Corporales restrictivas*, y son lasque afectando á la libertad del individuo, no producen en él ningun sufrimiento físico: tales son el destierro, el confinamiento y la cárcel. 3ª *De opinion*, y son aquellas cuyo principal objeto es imponer una nota mas ó menos severa, como la declaracion de infamia, la palinodia y el apercibimiento. 4ª Penas *privativas*, que son las que privan de algun derecho que se tiene por ley, como la de privacion de oficio ó suspension en el ejercicio de algun cargo; y 5ª penas *pecuniarias*, que afec-

APÉNDICE.

DE LOS TORMENTOS, CARCELES, PERDONES Ó INDULTOS Y ASILOS.

SUMARIO.

1 Abolicion del tormento y otros apremios.
2 Definicion del **tormento;** casos y modo como debia aplicarse.
3 No solo los reos sino tambien los testigos que vacilaban en sus dichos eran atormentados, y quienes estaban esceptuados.
4 Cuantas maneras habia de dar tormento, y cual era la fuerza de la confesion hecha en él.
5 Qué es **cárcel,** y quienes pueden tenerlas.
6 Sobre el buen tratamiento de los presos.
7 **Alcaide** qué es, y cuáles son sus obligaciones.
8 De los libros y derechos que deben llevar.
9 Pena de los reos que se fugan.
10 Casos en que no la merecen, y si el alcaide.
11 Penas de éste si los deja huir por su culpa.
12 Qué es **indulto.**
13 Cuantas clases hay de indultos, y qué se entiende por **amnistía.**
14 De los indultos particulares.
15 Efectos del indulto.
16 Del **asilo** y como se define.
17 Qué es **inmunidad eclesiástica,** y como se divide.
18 Delitos esceptuados.
19 Reduccion de asilos.
20 Reos que pueden ó no gozar de asilo.
21 Del asilo **territorial** ó de hospitalidad

Puesto que el objeto de estas instituciones es hacer conocer la doctrina de nuestras leyes, no parecerá estraño que aqui, como se ha hecho ya en otra parte respecto de la esclavitud, hablemos dos palabras del *tormento*, no obstante estar para siempre abolido en nuestra legislacion (1); asi como tambien la

tan al patrimonio, como la confiscacion, las multas, y las costas. De todas estas penas hemos tratado ó hecho mencion en el discurso de la obra, y aqui debe tenerse por reproducido especialmente el contenido de nuestra nota (c) pag. 9 de este tomo.

(1) Decreto de 11 de abril de 1811: art. 303 de la Constitucion española de 1812; y real cédula de 25 de julio de 1814: art. 6 tit. 11 de la Constitucion federal

práctica introducida de afligir y molestar á los reos con los que se llaman *apremios*, y con *esposas*, *perrillos*, *calabosos estraordinarios* y otros, cualquiera que fuere su denominacion y uso; bajo la pena de pérdida de empleo al juez que los mandare, y concediendo accion popular contra este abuso (2).

2—*Tormento*, segun la ley (3), es *una manera de prueba que fallaron los que fueron amadores de la justicia, para escodriñar é saber la verdad por él, de los malos fechos que se facen encubiertamente é non pueden ser sabidos nin probados por otra manera.* El tormento no tenia lugar sino cuando el delito no podía probarse de otra manera; cuando habia presunciones ó sospechas fuertes contra el reo, y cuando el delito era de los mas graves (4). Debia darse con moderacion, cuidando que no muriesen ni quedasen lisiados los pacientes y en presencia del mismo juez, quien solo con el escribano debia interrogarlos acerca de la persona que hubiese cometido el delito, pero no preguntarles si ellos eran los autores ni menos señalarles persona alguna, porque podria ser que les diera carrera para decir mentira. Si el tormento debia aplicarse á muchos, habia de empezarse por el de menor edad y mas vicioso; antes al hijo y á la muger que al padre y al varon, y despues á los demas separadamente, de manera que ningu-

de la Repùblica de 22 de noviembre de 1824: art. 183 de la particular de Guatemala de 11 de octubre de 1825, y art 14 secc. 2ª de la ley de garantías de 5 de diciembre de 1839, cuya observancia se prescribe en la *Acta constitutiva* de 19 de octubre de 1851.

(2) Dicho decreto de Córtes de 11 de abril de 1811.

(3) Ley 1 tit. 30 Part. 7.

(4) Leyes 1 y 2 allí, y Antonio Gomez *Var.* 3 cap. 13 n. 4.

no entendiese lo que hubiere dicho el otro (5). Para dar tormento bastaba que el reo fuese de mala fama, cuando la voz pública le condenaba como autor del delito, ó habia alguna presuncion contra él, o el dicho de un testigo (6).

3—No solo los reos sino tambien los testigos que variaban en sus dichos, eran atormentados (7). Mas no podian serlo los menores de 14 años; los soldados; los maestros de leyes ú otras ciencias; los consejeros del rey ó del comun de algun pueblo, ni sus hijos, siendo de buena fama; la muger preñada, antes de parir, ni los nobles (8).

4—Las maneras de dar tormento eran varias; pero las principales consistian en abrir heridas con azotes y en colgar al reo de los brazos, cargàndole las espaldas y piernas con alguna cosa pesada (9). La confesion hecha en el tormento no tenia fuerza sino se ratificaba despues voluntariamente, en cuyo caso se le imponia la pena correspondiente, á menos que resultase que la confesion y ratificacion eran efecto del miedo, despecho, locura ú otra causa semejante; mas si no ratificaba su confesion se le volvia por dos veces á atormentar, en dos dias distintos siendo en delito de traicion, falsa moneda, hurto ó robo, y otra sola vez siendo el delito de otra especie. Si el reo negaba entónces en el tormento, se le debia absolver y dar por quito (10).

(5) Leyes 3 y 5 de dicho tít. 30, y glosa 2 de esta última.

(6) Leyes 10 tit. 11 Part. 3, y 3 y 26 tit 30 Part. 7.

(7) Ley 8 tit 30 Part. 7 —(8) Ley 2 allí.

(9) Ley 1 de dicho tit. 30 Part. 7.

(10) Leyes 26 tit. 1, y 4 tit. 30 Part. 7. Véase la ley 4 tit. 3 lib. 9 Recop. de Indias.

5—*Cárcel* es, el *lugar público destinado para la custodia y seguridad de los presos* (11). Solamente los tribunales de justicia pueden tenerla: el particular que por su propia autoridad hiciere cárcel ó cepo ò cadena y aprisionare hombres en ella, comete el delito de lesa magestad, y debe ser castigado con pena de muerte, asi como tambien los oficiales de justicia que sabiéndolo no lo impidieren (12).

6—Estando establecida la carcel para guardar los presos, *é non para facerles otro mal nin para darles pena en ella* (13), deben ser tratados en cuanto lo permita su lastimosa situacion, con la mayor humanidad, y estar con la correspondiente separacion de clases y de sexos (14). En las prisiones debe haber la comodidad y limpieza necesarias (15), para que en cuanto sea posible no se perjudique la salud de los detenidos en ellas: los jueces han de tener singular cuidado de que los alcaides y sus dependientes, no vejen á los encarcelados con malos é injustos tratamientos, y de que no consientan que á la entrada de un preso, como regularmente sucede, le hagan los demas ni otra persona alguna, ningun mal ni afrenta, aunque sea por modo de chanza (16).

7—*Alcaide ó carcelero* es, el que en las cárceles tiene á su cargo la custodia de los presos. Es de su deber dar fianzas en cantidad que pareciere al tribunal de que dependan, y prestar juramento ante el

(11) Ley 1 tit. 6 lib 7 Recop. de Indias.
(12) Leyes 15 tit. 29 Part. 7, y 3 tit. 33 lib. 12 Nov.
(13) Leyes 11 tit. 29 y 4 tit. 31 Part. 7, y 3 tit. 35 lib. 5 Nov. Recop.
(14) Leyes 5 tit. 29 Part. 7, y 2 tit. 6 lib. 7 Rec. Ind.
(15) Leyes 8 y 9 tit. 6 lib. 7 Rec. de Ind. y 4 tit 38 lib. 12 Nov. Recop.
(16) Leyes 6 y 10 tit. 38 lib. 12 Nov. Recop

mismo ó el ayuntamiento, de que guardarán bien y fielmente á los presos y observarán las leyes y ordenanzas respectivas (17): deben residir en la misma cárcel, bajo la pena de sesenta pesos por cada vez que falten, conservandola limpia y con agua, sin que por ello lleven cosa alguna a los presos, á quienes tratarán bien sin servirse de ellos, ni apremiarlos, ni soltarlos sin órden ó mandamiento de quien corresponda darlo (18). No pueden recibir ningunos dones, ni contratar, comer ó jugar con ellos, ni permitirles que jueguen entre sí, ni á los casados que se queden sus mugeres á dormir, ni que éstas ú otras personas pasen de rejas adentro (19).

8—Deben llevar libros de entradas y salidas y visitar todas las noches la cárcel, presos y prisiones, cuyas llaves no fiarán á otro, y cobrarán los derechos de carcelage conforme à arancel que deberán tener puesto en lugar público; pero no los exijiran de los que se llaman índios, ni detendrán por ellos á los pobres, ni les exijirán prendas ó fiadores (20). Los alcaides que trataren mal à los presos incurren en pena de muerte; los que se lo aconsejaren, en pena arbitraria, y son infames los jueces que fueren negligentes en castigar estos abusos: se les debe privar del oficio, y ademas se hacen acreedores á otra pena pecuniaria (21).

9—Si todos los presos de la cárcel se convinie-

(17) Leyes 4 y 5 tit. 6 lib. 7 Recop. de Ind.

(18) Leyes 6, 7, 8, 9 y 10 allí, y 4 tit. 38 lib. 12 Nov.

(19) Leyes 10, 12 y 13 tit. 6 lib. 7 Rec. Ind. Sala mejicano, edicion de 1833, tomo 3 pág. 366 n. 8.

(20) Leyes 6, 11, 16, 17 y 18 tit. 6 lib. 7 Recop. de Ind. y 5 tit. 38 lib. 12 Nov.

(21) Leyes 8 y 11 tit. 29 Part. 7.

ren en quebrantarla, y se escaparen todos ó la mayor parte sin saberlo los que los guardaban, y despues todos ó algunos fueren cojidos, deben ser castigados con la pena correspondiente al delito porque estaban presos, pues con su fuga se considera haberlo confesado: bien que si probaren su inocencia, solo se les impondrá la pena de azotes ó de vergüenza por el quebrantamiento de la carcel. Pero si no huyeron todos sino solo algunos y se les coje despues, se les ha de poner en mas fuertes prisiones y condenar ademas á pena estraordinaria (22). El reo rematado ó presidario que se fuga, pierde en pena el tiempo de la condena que ha sufrido y debe volver á comenzarla (23).

10—El que huye por encontrar abierta la puerta de la cárcel, ó para presentarse a un tribunal superior a fin de que le haga justicia, no se entiende confesar el delito, ni incurre en pena alguna: el que saca por fuerza de la carcel a algun preso, deberà sufrir la misma pena que merecia éste (24); y si por ir el alcaide á alguna parte encarga á otro la guarda del reo que se fugó, entonces impone la ley (25) al guardador la pena de muerte; salvo que fuese mozo, hombre vil y de mal seso, en cuyo caso el carcelero debe morir y el guardador sufrir pena arbitraria; lo cual debe entenderse segun Gregorio Lopez cuando el preso mereciese pena capital (26).

11--Si el alcaide deja huir al preso por culpa lata, debe sufrir la misma pena que merecia éste, aun-

(22) Leyes 13 tit. 29 allí, y 17 tit. 38 lib. 12 Nov.
(23) Real órden de 31 de diciembre de 1782.
(24) Ley 14 tit. 29 Part. 7.
(25) Ley 9 tit. 29 Part. 7.
(26) Gregorio Lopez, glosa 2 de dicha ley 9.

que sea corporal, y si tal no fuese sino pecuniaria ó pago de deuda, debe tambien satisfacerla y estar por medio año en prision: si deja huir al preso por culpa leve, debe sufrir un año de prision en caso de que el preso merezca pena corporal; pero siendo pecuniaria ó pago de deuda, tiene que satisfacerla y estar tres meses en prision: si el preso huye por caso fortuito, sin culpa alguna del alcaide, no incurrirá éste en pena alguna; pero deberá probar que no tuvo culpa, por obrar contra sí la presuncion. El alcaide que por piedad deja escapar un preso debe ser privado del oficio y castigado corporalmente si el preso era hombre vil ó su pariente cercano, y segun el arbitrio del juez, si no era vil ni pariente; y finalmente, si un preso se mata á sí mismo, será el alcaide privado del oficio y castigado tambien corporalmente por el descuido, á no ser que pruebe su inocencia (27).

12—Síguese tratar de los *perdones ó indultos*, y desde luego hacemos observar que nos contraemos á los perdones públicos y no à aquellas condonaciones ó remisiones que las partes suelen hacer de sus agravios particulares. En este concepto, pues, *indulto* no es otra cosa que, *una gracia por la cual el soberano remite ó perdona á los reos las penas que habian merecido* (28). Entre los romanos fué es-

(27) Ley 12 tit. 29 Part. 7. Véase sobre esta materia de alcaides toda la seccion 10 de las Ordenanzas municipales de 31 de diciembre de 1839, art. 251 y sig.

(28) Leyes 1 tit. 32 Part. 7, y 7 tit 1 lib. 6 Fuero Juzgo. En este lugar debe tenerse presente la diferencia que establece la ley 3 de dicho tit. 32, entre *misericordia, merced y gracia.* Gregorio Lopez en la glosa dice: *Misericordia est induluqentia ex indulgentis pietate dumtaxat concessa. Merces est, cum alicui ob meri-*

tablecido este derecho de gracia, y todos los monarcas de Europa se lo han reservado tambien y ejercido constantemente (29), apesar de los acalorados debates de los que han intentado demostrar las ventajas que reporta la sociedad, mas bien de la rigorosa y puntual aplicacion de la ley, que del ejercicio de la clemencia; y asi han dicho:

.... *Plus sæpe nocet patientia Regis,*
Quam rigor; ille nocet paucis, hæc incitat omnes,
Dum se ferre suos sperant impune reatus.

13—Esta prerogativa es, pues, propia de la soberania (30), y los indultos pueden ser generales o particulares. Llamase *indulto general*, aquel que se concede a toda clase de reos, y *particular ó especial* el que se otorga a alguna persona determinada (31). El perdon general que se concede a los delincuentes políticos se llaman propiamente *amnistia*, cuya voz es griega y significa *olvido*. El indulto *general* no suele darse sino por alguna causa justa o motivo plausible; v. g., por una victoria importante, por el ajuste de una paz ventajosa, por la terminacion de la guerra, ú otras causas semejantes. En él se espresan los delitos o a lo menos los que se escluyen: no habiendo espresion alguna, se entienden

tum suum, seu suorum indulgetur. Gratia vero est, cum quid aliqui datur, quod si noluisset, non tenebatur dare

(29) Leyes 7 tit. 1 lib. 6 Fuero Juzgo: 38, 39, 126, 141 y 224 del Estilo, las de los tit. 32 Part. 7, y 42 lib. 12 Nov.; art. 171 de la Constitucion española y 7 de nuestra *Acta constitutiva.*

(30) Véase á Gutierrez *práct. crim.* tom. 1 cap. 11 n. 1 y siguientes.

(31) Ley 1. tit. 32 Part. 7.

escluidos los de lesamagestad divina ó humana, blasfemia, incendio malicioso, fabricacion de moneda falsa, destruccion o tala de montes, alevosia o traicion o muerte segura, homicidio de sacerdote, falsedad, robo, cohecho y barateria, resistencia a la justicia, malversacion de la hacienda pública, estraccion de cosas prohibidas a naciones que estan en guerra con la nuestra, sodomia, lenocinio, desafio, rapto y violencia de mugeres (32).

14—El indulto *particular*, se concede por alguna razon especial, como por servicios importantes hechos á la nacion, por compasion hácia la familia de la persona a quien se agracia, por sus virtudes y talentos, por pura gracia, y en fin, por alguna otra razon de utilidad pública (33). Concedido de oficio, se espide en forma de ley, pues lo es en efecto, y él mismo esplica si comprende solo á los presos, o tambien á los rematados; si solo a los presentes o tambien á los profugos, y el término en que éstos deben presentarse y ante quien para gozar de la gracia (34). Para que el indulto sea valido, se necesita el perdon de la parte ofendida, aunque se proceda de oficio; bien que en todo caso aunque no medie el espreso perdon, tendrá lugar el indulto por lo respectivo a la pena é intereses pertenecientes al fisco y denunciador (35). Ultimamente, el indulto no alcanza à los reos reincidentes, si-

(32) Leyes 1, 4 y 5 y notas 1 y 9 tit. 42 lib. 12 Nov. Rec., y 1 tit. 11 lib. 1 Ord. Real.

(33) Ley 1 tit. 32 Part. 7. Real órden de 17 de octubre de 1771.

(34) Elizondo, *práct. univ. for.* tom. 5 part. 2 cap. 14 n. 19. Vilanova tom. 1 Obs. 7 cap 2 n 9.

(35) Leyes 12 tit. 18 Part. 3, y 3 tít. 42 lib. 12 Nov. Recop. Larrea, *decis.* 26 n. 10 y sig.

no es que otra cosa se esprese en él (36).

15—El indulto liberta al delincuente de las penas corporales, infamatorias y pecuniarias, con tal que se dé antes de la pronunciacion de la sentencia; y si se espide despues, solo le exime de las penas corporales, mas no recobra la fama ni los bienes que por la sentencia hubiese perdido, á no ser que en el indulto se esprese que se le restituya cuanto le pertenecia ó se le reponga a su primer estado (37). A este propósito, hablando Ovidio de los efectos del indulto ordinario y de que en un hombre de honor hace mas impresion la culpa que la pena, se espresa en estos términos:

Pœna potest demi, culpa perennis erit.
Estque pati pœnas, quam meruisse minùs.

16—Solo nos resta decir algo brevemente en órden al *asilo.* Esta es una palabra griega con que se denota el lugar sagrado de donde no es lícito sacar a los que se han acojido á él. Es, pues, el *asilo* segun su etimologia, un lugar de refugio para los delincuentes, ó *el derecho que tienen los que se han acojido á un lugar inmune para no ser castiga-*

(36) Ley 2 tít. 42 líb. 12 Nov. Rec.

(37) Ley 2 tít. 32 Part. 7. Nuestra Corte de justicia, igualmente que los jueces de 1ª instancia de los Distritos y Departamentos, estan autorizados para poner en libertad en las visitas de cárcel del sábado de ramos y 13 de setiembre, á los reos que habiendo sido sentenciados á prision ú obras públicas hayan cumplido las *cuatro quintas partes* de su condena; con tal que no sean reincidentes en delitos de sangre ó de hurto, ni se hayan complicado en conatos de fuga ó tenido mala conducta dentro de la cárcel. Decreto de 22 de marzo de 1832 art. 118 y 119, y el 2 de la Orden lejislativa de 12 de agosto de 1843.

dos, ó para no serlo con el rigor de la pena impuesta á sus delitos (38).

17—La *inmunidad eclesiástica*, que es el conjunto de los privilegios y esenciones concedidas á las iglesias y á las personas eclesiásticas, se divide en personal, real y local: *personal* es la que compete á las personas eclesiásticas, en cuya virtud gozan del privilegio del fuero y estan esentos de todos los oficios y cargas personales impuestas à los seglares (39): *real* es la que compete á las cosas eclesiasticas, y consiste en que los bienes de las iglesias y de las personas eclesiasticas esten libres y esentos de tributos y contribuciones que se imponen á las demas; y *local*, que es el asilo de que vamos á tratar, y se distingue en *sagrado* y *territorial*.

18—En otros tiempos tuvo demasiada estension el asilo, pero llegó à tal estremo el abuso de los hombres malvados, que en confianza de este beneficio se arrojaban á cometer los mas execrables delitos, en términos que los Reyes se vieron obligados á suplicar á los Sumos Pontífices que esceptuasen del privilegio del asilo algunas clases de delitos y que le redujesen á determinadas iglesias en cada poblacion. Asi se verificó en efecto, y quedaron esceptuados de gozar este beneficio: 1º los incendiarios y sus auxiliadores y aconsejadores, siempre que

(38) Véanse las leyes 16 tit. 5 lib. 6, y las del tít. 3 lib. 9 del Fuero Juzgo: las 7 y 8 título 5 lib. 1 Fuero Real: las del título 11 Part. 1: las del título 4 lib. 1 Nov. R. las del título 5 lib. 1 Recop. de Indias y la 97 del Estilo. Gutierrez, *práct. crim.* tom. 1 cap. 5.

(39) Véase el Concordato celebrado entre la República y la Santa Sede en 7 de octubre de 1852, ratificado en 24 de diciembre del mismo año, y el Decreto gubernativo de 31 de marzo de 1854.

maliciosamente incendiaren cosa sagrada, religiosa o profana, campos, edificios ó ganados: 2º los plagiarios, esto es, los que por fuerza ó engaño se llevan hombres y los retienen en su poder para que se rediman con dinero; como igualmente los que por cartas ó mensajeros sacan dinero ú otra cosa, amenazando con la muerte ó con el incendio: 3º los envenenadores que á sabiendas y con ánimo de matar, componen ó venden ó dan veneno, aunque no se siga el efecto: 4º los asesinos, esto es, el que da y el que recibe el encargo de cometer un homicidio, como tambien los que concurren á su perpetracion con hechos ó consejos, aunque no se verifique la muerte, con tal que se llegue al acto próximo, v. g., á herir: 5º los salteadores de caminos públicos ó vecinales, aunque no dañen ó hieran á persona alguna: 6º los ladrones nocturnos, que introduciéndose por medio de algun instrumento ó ardid en casa, tienda, almacen ú otro lugar semejante, sustrajeren cosa ó cantidad por la cual merezcan pena de muerte: 7º los que finjiéndose ministros de justicia, entran de noche en las casas, y hurtan en ellas ó violentan las mugeres honestas: 8º los que adulteran las escrituras, cédulas, cartas, libros ú otros escritos de los bancos públicos; y los que hacen falsas libranzas, órdenes ó mandatos para sacar el dinero puesto allí en fondo: 9º los comerciantes que quiebran fraudulentamente: 10º los peculatarios, esto es, los recaudadores, tesoreros, depositarios y ministros del fisco, de los concejos y de los montes públicos ó de piedad, que cometen hurtos ó fraudes en los fondos, alhajas, prendas ó efectos que tienen á su cargo, cuando el hecho merece pena ordinaria: 11º los reos de lesa magestad, y los que hacen injuria personal á los ministros que tie-

nen jurisdiccion del rey: 12º los que estraen ó mandan estraer por fuerza los reos del asilo: 13º los que en lugares de asilo cometan homicidios, mutilaciones de miembros ú otros delitos que se castigan con pena de sangre ó galeras, y los que saliendo del asilo cometen los mismos delitos: 14º los que abusan del asilo, cuando, trasladados á otra iglesia por autoridad del obispo, delinquen de nuevo; y 15º los taladores de campos, herejes, falsificadores de letras apostolicas, los homicidas de caso pensado y premeditado y los reos de moneda falsa (40).

19—Por bula de Clemente XIV quedaron tambien reducidos los lugares ó iglesias que pudiesen servir de asilo, á una ó dos cuando mas, en cada ciudad, segun su poblacion y á eleccion de los Ordinarios (41); y asi, en Guatemala solo se goza el asilo en la iglesia parroquial de San Sebastian y en la de Nuestra Señora del Cármen (42). El asilo libra á los reos refugiados de la pena corporal en que tal vez hubieren incurrido (43).

(40) Leyes 4 y 5 tit. 11 Part. 1; 1 y 4 tit. 4 lib. 1 Nov. Rec. con sus notas. Bula de Gregorio XIV de 25 de junio de 1591; de Bened. XIII de 8 de junio de 1725; de Clem. XII de 1 de enero de 1734; Concordato de 1737: Encíclica de Benedicto XIV de 20 de febrero de 1751, y Breve de Clem. XIV de 12 de setiembre de 1772, mandado observar en estos dominios por real cédula de 9 de noviembre de 1773.

(41) Leyes 5 y 6 tit. 4 lib. 1 Nov. Rec. y sus notas.

(42) Edicto de 25 de agosto de 1775, que vá inserto literalmente al fin de este Apéndice.

(43) En el caso de que un reo perseguido se refugie en cualquier tribunal de justicia, ó lugar en que los Supremos poderes de la Republica ejerzan sus funciones, la autoridad que le persiga hará custodiar las puertas del edificio, y dará aviso oficial al juez, gefe ó pre-

20—No compete el asilo al reo, á quien fuere dado por prision el mismo lugar sagrado á que se ampara (44); pero sí lo gozarán, previa relajacion del juramento, los presos que fueren á la iglesia á oir misa ó á otro acto religioso, bajo caucion juratoria y se aprovechasen de la ocasion para refugiarse á ella: los que se retraen à la iglesia escapandose de las manos de la justicia; y los clérigos, religiosos y personas que gozan del fuero eclesiastico, bien que entónces se hará la estraccion por su juez competente (45). Si el delincuente se hubiere retraido á sagrado por dos delitos, uno de los cuales goza de asilo y el otro no, se le estrae y castiga por el uno, y se le deja inmune por el otro. Finalmente, aunque el reo refugiado á la iglesia no pueda ser estraido de ella ni cojido en la misma contra su volúntad, desamparandola libre y espontaneamente, sin que medien ruegos, promesas, amenazas o seducciones de parte del juez; en el instante que la deja, distando de ella treinta pasos, pierde su asilo y puede ser aprisionado (46).

sidente de la corporacion, quien dispondrá lo conveniente para verificar la entrega del reo, del modo ménos ruidoso: Decreto de 9 de febrero de 1836.

(44) Ley 5 tít. 29 Part. 7. Curia filíp. part. 3 § 12 n. 10.

(45) Tapia, *Tratado del juicio criminal*. Apéndice segundo, n. 10 á 13. Escriche, palabra *Asilo*.

(46) Ferraris, verb. *immunitas*. Pignat. tom. 5, consult. 25. Tapia alli, n. 14 y 15. En los incidentes sobre inmunidad eclesiástica, dice el art. 47 de la ley de tribunales de 5 de diciembre de 1839, el juez de primera instancia resolverá sobre pedir ó no la llana entrega del reo. En el caso de resolver por no pedir dicha entrega, procederá desde luego á imponer la pena mo-

21—El asilo *territorial*, llamado tambien de *hospitalidad*, que es el que concede en su territorio un soberano estranjero á los delincuentes de otro pais, por cuyo medio se sustraen éstos de la persecucion de sus acreedores ó de la accion de los tribunales por deudas contraidas o delitos cometidos en este, es un derecho que descansa en los respectivos tratados de *extradicion*, que tengan hechos entre sí los Gobiernos en órden á este punto (47). Sería no obstante, de desear, que todas las naciones desterrasen el pernicioso abuso de consentir en su suelo á los homicidas, ladrones y otros reos de semejantes delitos infamatorios, puesto que en la persecucion de todos ellos se interesa el bien de toda sociedad juiciosamente ordenada (48).

derada que convenga, consultándola con la Corte, como está mandado generalmente en las causas criminales.

(47) Véanse las leyes de 10 de junio de 1853, publicadas en los números 56 y 66, tom. 6 de la *Gaceta*, sobre estradicion de reos prófugos, procedentes de los Estados del Salvador, Honduras y Nicaragua, y del establecimiento británico de Belize.

(48) El edicto que se cita en la nota 42, díce literalmente así:—«Nos el Doctor y Maestro D. Juan de Dios Juarros, Canónigo Magistral de esta Santa Iglesia Metropolitana, Juez y Visitador ordinario de testamentos, capellanías y obras pías, Provisor y Vicario general de este Arzobispado por el Ilmo. Sr. Don Pedro Cortés y Larraz, Arzobispo de esta Diócesi, del Consejo de Su Magestad, etc.

«Por cuanto Ntro. Santísimo Padre Clemente XIV, de feliz memoria, á instancia de nuestro católico Monarca Don Cárlos III, que Dios guarde, se sirvió espedir sus Letras apostólicas en forma de Breve, en Santa Maria la Mayor, á doce de setiembre del año pasado de

mil setecientos setenta y dos, en que para impedir, en cuanto sea posible, la frecuencia de los delitos, y facilitar mas su castigo, minora en todas las ciudades y lugares de los reinos de España y de las Indias, los refugios y asilos, reduciéndolos á una ó dos iglesias en cada ciudad ó pueblo, atendida proporcionalmente su amplitud, las que hayan de ser señaladas por el Ordinario eclesiástico, á quien comete Su Santidad la asignacion de las Iglesias y publicacion de estas asignaciones: Por tanto, en cumplimiento de lo dispuesto en el citado Breve, mandamos á todos los fieles que residen en este Arzobispado, que desde el dia de la publicacion de este nuestro edicto en adelante, solo en las iglesias que señaláremos para asilo, se observe y guarde la inmunidad eclesiástica, segun la forma de los sagrados cánones y constituciones apostólicas, y ninguna otra iglesia ó lugar sagrado, santo ó religioso, se tenga por inmune, aunque por derecho ó costumbre lo haya sido ántes, y en adelante debiera serlo.

«Y usando de la facultad que para ello se nos confiere, asignamos para refugio de los delincuentes por lugares de asilo, en esta ciudad y sus barrios, la Iglesia parroquial provisional de San Sebastian, y la de Ntra. Señora del Cármen: en las demas ciudades, villas y pueblos del Arzobispado, asignamos para asilo sus respectivas iglesias parroquiales: en el pueblo de Izalco, la de Nuestra Señora de la Asuncion; y en los pueblos que no son cabeceras de curatos, la iglesia principal de cada uno. Y mandamos, que sobre las puertas de las Iglesias asignadas, se pongan carteles fijos, en que se haga saber al público ser lugares de asilo, y éstas únicamente se tengan por inmunes, y los reos que á ellas se acojieren, por libres de las penas que corresponden á sus delitos, á escepcion de los casos esceptuados por derecho. Y declaramos desde ahora, escluidas de inmunidad eclesiástica, las demas iglesias, y lugares sagrados que ántes gozaban de ella por derecho y por legítima disciplina.

«Mas como en el espresado Breve sòlo se minoran los

lugares de asilo, sin innovar cosa alguna en órden á la inmunidad, y se manda que en las iglesias señaladas por el Ordinario, se observen exactamente las disposiciones de los sagrados cánones y constituciones apostólicas, de suerte que sean inviolados y libres de cualquiera especie de atentado: los que se acojieren y refugiaren á ellas, no podrán ser estraidos, sino en los casos permitidos por el derecho y observándose diligentemente en el modo, las reglas prescritas por los canones y constituciones pontificias: ni serán estraidos, sino por los ministros de la Curia eclesiástica, ó los que por via de auxilio los acompañen, precediendo ántes otorgarse por los jueces seglares la caucion prevenida por derecho, y el allanamiento de la inmunidad por el eclesiástico, con las protestas correspondientes; é interviniendo precisamente á la estraccion, persona eclesiástica deputada para ello por el Ordinario. Y reservando en nuestro oficio el hacerlo en los casos que ocurran en esta ciudad, para los que se ofrezcan fuera de ella, deputamos desde ahora y damos la facultad necesaria á los Vicarios provinciales y curas del Arzobispado, á cada uno en sus respectivos territorios, para lo que se arreglarán á la instruccion del Arzobispado, que solo se observará en lo de adelante en las iglesias asignadas para refugio.

«Y respecto á que las demas iglesias, aunque no gocen ya de la inmunidad local, son lugares sagrados, y por esto les es debida toda veneracion y respeto, y no se debe ejecutar en ellas ninguna accion ménos reverente ó violencia; en conformidad de la citada Bula mandamos, que las estracciones de los reos, que se acojieren á las iglesias no inmunes, se hagan con presencia é intervencion de persona eclesiástica, y por los ministros del tribunal eclesiástico, si se hallaren prontos: practicándose ántes por los de la curia seglar el oficio del ruego de urbanidad, sin que deban esponer la causa de la estraccion, á la persona que, con título de Vicario general ó foráneo, ejerciere la autoridad y jurisdiccion eclesiástica; y estando éste ausente, ó faltando, ó en caso de resistencia, deberá hacerse el mismo rue-

go de urbanidad al eclesiástico mas visible del lugar, ó al superior local, siempre que la iglesia sea de regulares.

«Y para que lo prevenido en el referido Breve se cumpla, y llegue á noticia de todos, mandamos despachar y despachamos el presente edicto, del que se remitirán copias auténticas á todas las iglesias del Arzobispado, en las que se publicará en el primer dia festivo en la misa conventual, y se fijará despues en lugar pùblico, pasando un ejemplar al tribunal real de cada lugar, y poniéndose otro en los libros de administracion de cada parroquia, para que sirva de gobierno en lo sucesivo, y se observe inviolablemente lo mandado, desde el dia de su publicacion.

«Dado en Guatemala, á veinticinco de agosto de mil setecientos setenta y cinco años.—*Dor. Juan de Dios Juarros.*—Por mandado del Señor Provisor y Vicario general: *Alejo Joseph Avendaño*, Notario Receptor.



CONCLUSION.

DE LOS JUICIOS, SU ORDEN Y RITUALIDADES.

§. I.

De los juicios en general.

JUICIO es: *un modo legítimo de terminar las contiendas que ocurren entre los hombres, ó de probar los delitos para castigarlos* (1). Se divide en ordinario, estraordinario, y sumario. Juicio *ordinario* es, en el que se procede por accion ó acusacion verdadera, guardándose el órden y solemnidades de derecho. *Estraordinario*, cuando se procede sin querella ó accion intentada por parte, solo de oficio del juez. *Sumario*, se llama aquel en que se procede breve y sencillamente, sin ningun aparato ni figura de juicio.

2—Se subdivide el juicio en *civil*, *criminal* y *misto*: se llama *civil*, cuando se trata principalmente de utilidad privada, y solo de aplicar interés á la parte: *criminal*, cuando se dirige á la vindicta pública, para que se imponga á los delincuentes la pena que merezca su delito conforme á derecho; y *misto*, cuando participa de los dos, civil y criminal.

3—Tambien se subdivide, en definitivo é interlocutorio: *definitivo* es, cuando con él se termina la

(1) Arg. de la ley 2 tit. 22 Part. 3.

causa principal: *interlocutorio*, cuando solo se decide un artículo particular.

4—Finalmente: el juicio es, ó *petitorio* en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad ó dominio de alguna cosa; ó *posesorio*, al que comunmente se llama *de tenuta*, y es el que intentan para conseguir, ó retener la posesion que se les disputa, ó recuperar la que han perdido.

5—Todo juicio requiere actor, reo y juez (2). A mas de esto, se necesita tambien de escribano público en lo secular, y de notario en lo eclesiastico. *Actor* es, el que pretende, ó alega algun derecho, y el que regularmente intenta la demanda. *Reo* es, aquel á quien se pide alguna cosa, y contra el que se intenta la accion y demanda, á la cual contesta y responde, procurando defenderse. *Juez* es, el que por pública autoridad conoce del pleito y lo decide (3).

§. II.
Orden del juicio ordinario.

6—En el juicio civil ordinario, luego que el actor pone su demanda el juez manda dar *traslado* de ella al reo, el cual dentro de nueve dias debe contestar, confesandola ó negándola (4). Si ha de oponer escepciones perentorias, tiene otros veinte dias mas para alegarlas (5). No hallándose el reo presente, pero sí dentro de la provincia, debe responder y contestar la demanda en el término que

(2) Leyes 28 tit. 23 y final tit. 26 Part. 3.
(3) Ley 10 tit. 4 Part. 3. Véase el tit. 17 pág. 170.
(4) Ley 1 tit. 4 lib. 4 Rec. de Cast. Ley. 1 tit. 6 lib. 11 Nov. Recop.
(5) Ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. Ley 1 tit. 7 lib. 11 Nov.

se le señale en el despacho de emplazamiento. Si no se sabe donde está, ó se halla ultramar ó fuera del reino ó provincia, ó de donde no se espera que vendrá tan de próximo y hay bienes suyos, con informacion de ello, y a pedimento de la parte, el juez nombra curador y defensor de los bienes, con el cual se sigue la causa, como si se siguiera con el reo presente. Pero si el reo está para ausentarse del lugar, ó se teme que haga fuga, se da mandamiento de arraigo, para que dé fianza de juzgado y sentenciado, y de estar á derecho con el actor por lo tocante á su demanda. De otra suerte debe ser preso hasta que la dé, y esto es lo que se llama *arraigarse* (6).

7—No respondiendo el reo á la demanda dentro de los nueve dias ó del término del emplazamiento, que corre desde el dia de la notificacion, le acusa el actor la rebeldía, y pide que se le señalen los estrados por bastantes, para que con ellos se hagan los autos, y le pare al reo el mismo perjuicio que si se hiciesen con él, y que se le cobren los autos con apremio. El juez da *por acusada la rebeldía*, y manda que *un ministro los cobre con apremio* para proveer, porque sin los autos no lo puede hacer. Si el reo no los ha llevado, solo provee: *Autos*; y habiéndolos visto provee auto, en que señala los estrados por bastantes, en estos términos:—*Por acusada la rebeldía: recíbase esta causa á prueba por el término de nueve ó de tantos dias comunes á las partes; y mediante á no haber comparecido la de N. demandado, en su ausencia y rebeldía se de-*

(6) Leyes 2 tit. 18 lib. 3 Fuero Real, 41 tit. 2 Part. 3, 17 tit. 12 Part. 5, 7 tit. 20 lib. 2, y 3 tit. 16 lib. 5 Rec. de Cast. Leyes 8 tit. 24 lib. 5, y 5 tit. 11 lib. 10 Nov.

claran los estrados de este juzgado por bastantes, á quienes se harán saber los autos y diligencias que ocurran. Despues de este auto, todo lo que se proveyere parará al reo el mismo perjuicio que si se hiciera con él; y en adelante se siguen los autos con los estrados de la audiencia del juez, haciendo á ellos las notificaciones que se habian de hacer al reo, hasta pronunciar la sentencia definitiva. Si el reo quiere purgar ó reparar la mora, puede hacerlo respondiendo á la demanda aunque se haya pasado el término de nueve dias o el del emplazamiento, miéntras que el juez no ha determinado cosa alguna en su rebeldía.

8—Habiendo respondido el reo á la demanda, se da traslado de su respuesta al actor, el cual debe contestar dentro de seis dias; si no es que el reo le ponga alguna reconvencion, porque entonces tiene nueve dias para responder (7). De este escrito, que se llama *réplica*, se da traslado al reo, el cual debe satisfacer dentro de otros seis dias presentando otro escrito, que debe ser el último, porque no se deben admitir mas de dos á cada parte (8).

9—En este estado se dice *estar los autos conclusos*, porque los litigantes han dicho y alegado ya, cuanto tienen que decir y alegar. Pero como por lo regular, no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el juez un auto en que manda se traigan los autos para ver si se necesita de pruebas ó no. El que se acostumbra poner en estos casos es: *Autos con citacion*. Citadas las partes, los ve, y siendo necesario (porque suele no serlo apare-

(7) Ley 2 tit. 5 lib. 4 Rec. Ley 3 tit. 7 lib. 11 Nov.
(8) Leyes 2, 5 y 9 tit. 6 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 2 tit. 10, 9 tit. 11, y 1 tit. 15 lib. 11. Nov. Recop.

ciendo la justicia en el proceso por instrumentos, ó por otros medios, conforme á derecho) (9), provee auto de prueba, diciendo:—*Vistos: recíbase esta causa á prueba por el término de nueve dias comunes á las partes.* El dicho auto se notifica á ámbas, y les corre el término probatorio desde el dia de la notificacion, sin contar los dias feriados, si consumen la mayor parte de él. Si necesitan de mas términos de prueba, piden las prorogaciones que han menester, àntes que se les concluya el dado, y el juez va concediendo segun vé que es necesario, atendida la naturaleza de la causa, la distancia de los lugares, y la calidad de las personas, hasta ochenta dias, que es el término de la ley (10). Pero si las pruebas que se han de dar fueren de testigos que están ultramar ó fuera del reino, se puede conceder el término llamado *ultramarino* ó estraordinario, que es de seis meses (11). El decreto con que los jueces prorogan el término de prueba es, poner al escrito de la parte que pide otros nueve ó quince dias mas: *Concédensele, estando dentro del término.*

10—Recibida la causa á prueba, han de tomar las partes los autos por su órden, para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se compulsen con citacion de la contraria los instrumentos y cosas que las conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos ántes, si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citacion. Y si les conviene probar algunos particulares

(9) Leyes 7 tit. 14 Part. 3, y 4 tit. 6 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 5 tit. 10 lib. 11 Nov. Rec.

(10) Leyes 1 y 2 tit. 6 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tit. 10 lib. 11 Nov. Rec.

(11) Leyes 1 y 2 ya citadas.

nuevos, concernientes á la accion intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.

11—Dentro del mismo término pueden las partes hacerse entre sí las preguntas de los hechos á que puedan y deban satisfacer, poniendo las tales preguntas asertivamente, que es lo que llaman *posicion*. Esta no es otra cosa, que la afirmacion de algun dicho ó hecho para que á él se responda.

12—Finalmente: los interrogatorios que se presentan para el examen de testigos y las deposiciones de éstos, no se han de manifestar á la parte contraria, hasta que en la publicacion y su término corra el traslado de las probanzas (of).

13—Pasado el término probatorio y habiéndose hecho probanzas, una de las partes pide, que se haga publicacion de ellas. De este escrito manda el juez dar traslado á la otra parte para que esponga si efectivamente está pasado ó no el término, ó tie-

(of) El exámen de los testigos se hace sigilosamente, sin asistencia del litigante contrario, quien solo puede presenciar el juramento de aquellos, con cuyo motivo tendrá ocasion de conocerlos y prepararse á tacharlos, si en ellos concurriese algun defecto legal; y aun podrá tambien presentar interrogatorio de *repreguntas,* para que á los mismos testigos, despues de contestar al interrogatorio principal, se les repregunte sobre algunas cicunstancias ó hechos especiales concernientes á la mejor averiguacion de la verdad, con cuyo objeto puede pedir copia del interrogatorio de su contraria, y que se señale dia y hora para el exámen de los testigos, á lo que debe deferir el juez; pero en ningun caso debe permitir se hagan repreguntas de repreguntas, porque sería proceder al infinito: *Curia Filip.* part. 1 § 17 n. 9 y 19.

ne algun motivo que la impida por entónces. Si nada dice á los tres dias de notificado el traslado, debe el juez deferir á la publicacion, y hacerla saber á ámbos litigantes, dándoles traslado de todas las pruebas producidas (12). El decreto que suele ponerse en este caso es: *Hágase publicacion de probanzas y entréguense los autos á las partes por su órden.*

14—Hecha la publicacion y notificada á las partes, se les han de entregar todos los autos, con los documentos y pruebas que han producido. Esta entrega se debe hacer por su orden: esto es, primero al actor y despues al reo, á fin de que uno y otro aleguen de bien probado, haciendo ver cada uno por su parte cómo probó su intencion, y el otro no probó la suya, abonar sus testigos, tachar los del contrario etc., lo que deben ejecutar dentro del término de seis dias. Del alegato que hiciere el actor se debe comunicar traslado al reo. En el caso de ponerse tachas considerables á los testigos (og), ó redargüirse de falsos algunos documentos, se da tambien traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que dijere ó no, á los tres dias, acusandosele la rebeldía, se recibe la causa á prueba en estos puntos con un

(12) Ley 37 tit. 16 Part. 3.

(og) Las tachas, para que puedan admitirse, han de especificarse con toda claridad y distincion; y deben proponerse dentro del término de seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de probanzas: leyes 1 y 2 tit. 12 lib. 11 Nov. Rec. Este término no es comun á las partes, sino que cada una tiene derecho de gozar de él por entero, cuando ambas quieren alegar de tachas: leyes 1 citada, 1 tit. 4 lib. 3 del Ordenamiento y 37 tit. 16 Part. 3. Conde de la Cañada part. 1 cap. 10 n. 41 y siguientes *del juicio civil.*

término arbitrario, que no debe esceder de la mitad del probatorio concedido en la causa principal. Pasado éste, sin que se pueda conceder restitucion *in integrum* á los menores y privilegiados, se alega de bien probado, y una de las partes pide que se haya la causa por conclusa para definitiva [*]. El juez da traslado de este escrito a la otra parte, y con lo que dijere ó no, á los tres dias, acusandose la rebeldía si no responde, ha de haber el pleito por concluso, pasa á exáminar la causa, y manda citar á los partes para pronunciar sentencia.

15—Esta no es otra cosa: *que la decision que hace el juez de la causa que se ha controvertido ante él* (13). Se divide en interlocutoria y definitiva. Se llama *interlocutoria*, la que el juez profiere en el discurso del pleito entre su principio y fin, sobre algun incidente; y *definitiva*, que propiamente se dice *sentencia*, es la decision ó determinacion que, con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes, hace eljuez sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ó condenacion á la controversia que ante él suscitaron (14).

16—Debe el juez proferir la sentencia definitiva

[*] *Concluir* en los pleitos quiere decir, que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen y que nada mas tienen que justificar en ellos. La conclusion es de sustancia del juicio, ya se pida ó no por las partes, segun las leyes finales tit. 6 y 7 lib. 4 Recop, de Cast., ley 1 tit. 9 lib. 11 Nov. Rec.; por lo que, siendo dos solas las que litigan y concluyendo la una, se ha el pleito por concluido legítimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, sino únicamente hacérsele saber, para que le conste que ya está concluso.

(13) Ley 1 tit. 22 Part. 3.—(14) Leyes 1 y 2, allí.

dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion del pleito, estando presentes las partes ó citadas al efecto, como se ha dicho. Ha de ser conforme al libelo ó demanda en la cosa pedida, en la causa por qué se pide, y en la accion con que se pide. Ha de recaer sobre cosa cierta, arreglada á derecho, y no esceder de lo pedido (15). Es verdad que el juez puede remitirse a los autos, cuando en ellos consta lo demandado; pero si es cantidad ilíquida debe mandar que se liquide, aprobando la liquidacion con audiencia de las partes antes de ejecutar la sentencia (oh).

17—Notificada la sentencia definitiva á las partes ó á sus procuradores, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, espresando ser pasado

(15) Leyes 5 y sig. tit. 22 Part. 3, y sig tit. 17 lib. 4 Rec. de Cast Ley 3 tit. 17 lib. 11 Nov. Rec.

(oh) La sentencia *interlocutoria* debe proferirse dentro de seis dias, y la *definitiva* dentro de veinte, bajo la pena de pagar el juez dobladas las costas y cincuenta mil maravedis para el fisco: ley 1 tit. 16 lib. 11 Nov. Rec. Por el art. 18 cap. 2 de la ley de 9 de octubre de 1812, se impuso á los jueces la obligacion de sentenciar, así las causas criminales como las civiles, dentro de ocho dias *precisamente*, despues de su conclusion: mas por nuestra ley de 3 de setiembre de 1829 se dispuso, que las civiles se sentenciasen dentro de veinte dias, y las criminales dentro de ocho, salvo las de homicidio. que deben fallarse dentro de tres, contados desde la fecha en que los autos hayan quedado espeditos para verse. El art. 96 de la ley de tribunales de 5 de Diciembre de 1839 manda, que las sentencias, asi de la primera como de las demas instancias, sean *fundadas;* quedando por consiguiente derogada la disposicion de la ley 8 tit. 16 lib. 11 Nov. Rec.

el tèrmino de la ley, y pidiendo declare la sentencia *por pasada en autoridad de cosa juzgada*, y que la lleve á pura y debida ejecucion. De este escrito se acostumbra dar traslado á la parte, y con lo que dijere ó no, á la primera audiencia, siendo acusada la rebeldía, se declara la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y se condena á la parte a que cumpla con ella en estos términos: *Vistos: mediante á no haberse apelado por parte de N. de la sentencia proferida el dia tantos, por la cual se le condenó á tal cosa, y ser pasado el término en que lo debió practicar y mucho mas: se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se le condena á que esté y pase por su tenor sin contravenirlo en manera alguna.*

§. III.
De la apelacion.

18—*Apelacion* es: *un recurso que se hace del juez inferior al superior, quejándose de algun agravio que se supone haber recibido en su sentencia, y pidiendo que lo enmiende conforme á derecho* (16). Puede interponerse de toda sentencia definitiva, y de las interlocutorias cuando tienen fuerza de definitivas, ó causan un gravámen irreparable (17). Debe apelarse del juez inferior al superior inmediato; pero si alguno por error apelase á un juez superior que no es el inmediato, ó á un igual

(16) Leyes 2 y 14 tit. 23 Part. 3, y 1 tit. 18 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 1 tit. 20 lib. 11 Nov. Rec.

(17) Leyes 13 tit. 23 Part. 3, y 3 tit. 18 lib. 4 Rec de Cast. Ley 23 tit. 20 lib. 11 Nov. Rec. Concilio Tridentino, sess. 24 *de reform.* cap. 20.

al que sentenció, vale la apelacion, no para el efecto de que puedan éstos juzgar de ella, sino para enviarla á quien pertenece, diciendo: *Acuda esta parte á donde corresponda* (oi).

19—El término señalado para interponer la apelacion, es de cinco dias, contados desde el en que se notificare al agraviado (18). Pero el menor, por el beneficio que goza de restitucion, puede apelar cuatro años despues de su menoría (19). Asímismo el fisco, las iglesias y concejos, valiéndose del mismo beneficio, pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podia apelarse; y ha-

(oi) En todo proceso seguido en juicio escrito, sea civil ó criminal, está espedito el recurso de apelacion; esceptuándose únicamente las causas criminales, que deben sentenciarse con calidad ejecutiva; las cuales, segun el acuerdo circular de la Suprema Corte de Justicia de 26 de agosto de 1852, son las que recopila la ley 16 tit. 23 P. 3, en cuyos casos, aun cuando en el acto de la notificacion se apele, el proceso debe elevarse desde luego en consulta á la Suprema Corte, sin otorgar ni denegar la apelacion. En los asuntos mercantiles solo puede otorgarse la apelacion si el interes del negocio pasa de quinientos pesos: ley de 22 de diciembre de 1851, art. 2; y en los verbales comunes, solo tiene lugar la revision, si la cantidad ó interes que se ventila escede de diez pesos; en cuyo caso debe interponerse el recurso dentro de tres dias: ley de 31 de agosto de 1835, art. 1 y 2. Con arreglo á las leyes 22 tit. 8 y 10 tit. 12 lib. 5 Rec. de Indias, los escribanos del número, que residan en el lugar de la Audiencia, deben hacer relacion de los autos interlocutorios pronunciados en cualquier pleito ó negocio, de que las partes ó cualquiera de ellas apelare á la Audiencia.

(18) Ley 1 tit. 18 lib. 4 Rec. Ley 1 tit. 20 lib. 11 Nov.

(19) Leyes 1, 2 y 3 tit. 23 P. 3 y 8, 9 y 10 tit. 19 P. 6.

biendo lesion enorme, podrán hacerlo dentro de treinta (20). Al ausente y ocupado en servicio del Rey, ó por razon de estudios ó dedicado al cultivo de la tierra, y al desterrado ó preso, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, o removido el impedimento, pidiendo restitucion por esta causa dentro de diez dias (21).

20—De la sentencia de los àrbitros se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias, desde el en que se notificó (oj); y en el mismo término se ha de interponer la apelacion en el fuero eclesiastico (22).

21—Admitida la apelacion, manda el juez dar al apelante testimonio claro y espresivo de la causa, y le señala plazo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada; y no señalandole, gozara del término que la ley prefine, segun las distancias de los lugares (23) (ok).

(20) Ley 10 tit. 19 Part. 6.

(21) Leyes 10 y 11 tit. 23 Part. 3.

(oj) Corresponde hoy á la Corte de Justicia conocer en grado de apelacion de las sentencias pronunciadas por jueces arbitros *juris*, en el caso en que las partes se hayan reservado espresamente este recurso: ley de tribunales de 23 de diciembre de 1851, art. 25.

(22) Leyes 23 y 35 tit. 4 Part. 3. Véase la órde de las Córtes, de 20 de marzo de 1821.

(23) Leyes 2 y 10 tit. 18 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 3 y 18 tit. 20 lib. 11 Nov. Recop.

(ok) Admitida la apelacion en ambos efectos, el juez remitirá desde luego los autos originales á la Corte, previniendo á los interesados ocurran á hacer uso de su derecho, dentro del término que les designe, y será el siguiente: en los juzgados del Departamento de la capital, tres dias: en los de los Departamentos de Chimaltenango, Verapaz, Chiquimula, Mita, Escuintla, y Sacatepequez, veinte dias; y en los demas trein-

22—Traidos los autos y presentados al juez que ha de conocer de la apelacion, debe éste citar á las partes. El apelante presenta entónces un escrito espresando sus agravios contra la sentencia, y pidiendo la revocatoria del atentado, si se hubiere cometido. De este escrito se dá traslado á la parte contraria, se replica y duplica; y con dos escritos de cada parte se concluye y recibe la causa á prueba, si se presentan escepciones nuevas, ó se reproducen las que el juez inferior despreció en primera instancia (24) (ol).

ta: ley de 5 de diciembre de 1839, artículos 35 y 36. Cuando la apelacion se otorgue en el efecto devolutivo, la parte deberá sacar testimonio á su costa para seguir el recurso; ó esperarse á que, fenecida la instancia ó ejecucion, se pasen á la Corte los autos originales: ley de 5 de diciembre citada, art. 37.

(24) Ley 4 tit 9 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 6 tit. 10 lib. 11 Nov. Recop.

(ol) Por medio del recurso de apelacion, la Corte puede no solo revocar ó reformar la sentencia, sino tambien mandar reponer el proceso, si se encontrase sustancialmente viciado. En el caso de negarse la apelacion por el juez inferior, sea en uno ó en ambos efectos, la Corte, á pedimento de parte legítima, puede pedir los autos, y en su vista otorgar ó denegar el recurso, segun fuere de justicia. Si el auto apelado fuere interlocutorio, la Corte podrá desde luego confirmarlo ó revocarlo; pero si fuere sentencia definitiva, otorgado el recurso, seguirá sustanciándose la instancia, en la forma ordinaria: ley de 5 de diciembre de 1839, art. 18 á 20. El juez de primera instancia respectivo debe conocer en apelacion, de las demandas verbales que, habiendo sido determinadas por los alcaldes, ó por los jueces preventivos, tengan este recurso: ley cit. art. 32 § 2. Conocerá de él tan solamente con vista de lo actuado, á no ser que las partes pre-

23—Pasado el término probatorio se hace publicacion de probanzas y se concluye para definitiva: se mandan traer los autos para su determinacion, citadas las partes; y estàndolo, se pronuncia la sentencia y se notifica como en la primera instancia (om).

§ IV.
De la súplica.

24—Aunque no hay apelacion de los tribunales supremos, por representar éstos la persona misma del Rey; se concede no obstante, un recurso ante los mismos, que se llama *súplica*. En estos casos la primera sentencia dada por las reales Audiencias, se llama *vista*, y la segunda, *revista* (25).

25—No se admite suplicacion de la sentencia en vista de las Audiencias que confirme dos sentencias conformes de grado en grado, dadas por jueces inferiores. La razon es, porque de tres sentencias conformes, tampoco ha lugar la apelacion (26). Pero si dos sentencias de jueces inferiores se revocan en la Audiencia, ha lugar la suplicacion, aunque no lo

senten nuevos documentos, ó que *para mejor proveer*, estime conveniente examinar testigos sobre los puntos que se controvierten: ley de 31 de agosto de 835, art 3.

(om) Cuando la parte apelante, en causa civil, no usare de su derecho ante la Corte dentro del termino asignado por el juez *á quo*, se declarará la contumacia: ley de 23 de diciembre citada, art. 26. No habrá recurso *de nulidad*, ni aun por via de restitucion, de las sentencias que hayan causado ejecutoria, ó pasado en autoridad de cosa juzgada: art. 30 de la misma ley.

(25) Leyes 17 tit. 23 Part. 3 y 2 tit. 19 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 21 lib. 11 Nov. Rec.

(26) Leyes 5 tit. 17 y 2 tit. 19 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 21 lib. 11 Nov. Recop.

tendrá de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que sobre ello se diere en revista (27) (on).

26—Tampoco se admite suplicacion de la sentencia de revista, dada en las mismas Audiencias en pleitos comenzados ante ellas, pues la misma sentencia de revista es la suplicacion. Ni de los autos en que se declara si hace fuerza ó no el juez eclesiastico; ni de la sentencia confirmatoria de la de los jueces arbitros; pero sí de la revocatoria (28) (op).

(27) Ley 2 tit. 19 lib. 4 Rec. Ley 2 tit. 21 lib. 11 Nov.

(on) La sentencia de vista pronunciada por la Corte causa ejecutoria, salvo 1º cuando la sentencia definitiva dada en grado de apelacion y en juicio escrito, no sea enteramente conforme con la de primera instancia: 2º cuando el negocio haya sido determinado por la Corte en primera instancia; y 3º cuando el que pide la revision presente nuevos documentos *públicos* ó *auténticos*, con juramento de haberlos encontrado nuevamente, y de que antes no los tuvo ni supo de ellos. Cuando se interponga el recurso de súplica, fundado en el aparecimiento de nuevos documentos, deberán éstos presentarse junto con la solicitud. No habrá súplica de los autos interlocutorios pronunciados por la Corte, aun cuando tengan fuerza de definitivos, ó sean pronunciados por ella originariamente; pero el auto en que se declare por no probada la recusacion puesta á un magistrado, será suplicable por la parte recusante: ley de tribunales de 5 de diciembre de 1839, secc. 4, art. 21 y siguientes.

(28) Leyes 4 tit. 5 y 2 y 9 tit. 19 y 4 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 2 y 7 tit. 21 y 4 tit. 17 lib. 11 Nov. Rec.

(op) Las súplicas en los negocios mercantiles se interpondrán para ante la Suprema Corte, quien las sustanciará y determinará con arreglo á las leyes de comercio; pudiendo el juez de alzadas por sí solo otorgar dicho recurso en los casos que haya lugar á él: ley de 22 de diciembre de 1851, art. 1.

27--Este recurso se debe interponer dentro de tres dias de la sentencia interlocutoria, y dentro de diez de la definitiva, contados desde la notificacion de la sentencia (29). Admitída la súplica en la Audiencia, se mandan entregar los autos al suplicante, y de su *espresion de agravios* se dá traslado á su contraria, y con la respuesta de ésta se concluye con dos escritos para prueba, si hay algo que deba probarse, y en adelante se procede como en la segunda instancia (oq).

§. V.
De la segunda suplicacion.

38—Así se llama una instancia que se interpone por la parte agraviada en la sentencia de revista dada por los Consejos reales ó Chancillerías para ante la real persona, ó mas propiamente para una sala del Consejo, llamada *de mil y quinientas* (or).

(29) Leyes 1 y 4 tit. 19 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1 y 3 tit. 21 lib. 11 Nov. Rec. Ley de 5 de diciembre de 1839, art. 26.

(oq) Otorgada la revision, el Regente ó el que haga sus veces, sustanciará la instancia, y puesto en estado de sentencia, se verá y determinará por seis magistrados por lo ménos: ley de tribunales citada, art. 27, y decreto de 27 de octubre de 1843, art. 4. Téngase presente, que conforme al art. 27 de la ley adicional de 23 de diciembre de 1851, así la apelacion como la súplica, podrán declararse *desiertas* á solicitud de parte interesada, cuando hubieren transcurrido dos meses sin que el apelante ó suplicante haya ocurrido á usar de su derecho.

(or) Es escusado decir que la *segunda suplicacion*, que por la legislacion española anterior á la de las Cortes del año de 12, tenia lugar despues de la tercera instancia, es recurso desconocido en la República, en

29—Para que este recurso deba admitirse, se requieren cuatro condiciones: 1ª que la sentencia de que se interpone sea la de revista: 2ª que la causa sea àrdua y difícil, y tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza, en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios: 3ª que se interponga de sentencia definitiva, y no de interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva: 4ª que la causa se haya empezado en el Consejo ó Audiencias por nueva demanda, y no por via de restitucion, reclamacion, ni nulidad (30).

30—Se debe interponer dentro de veinte dias de notificada la sentencia de revista, y pasado este término no se concede restitucion. El que la interponga se ha de obligar con fianzas a pagar mil y quinientas doblas si la sentencia se confirmare, las cuales se aplican por terceras partes, al fisco, á los oidores que dieron la sentencia de revista y á la parte que venciere (31).

31—En la América hay diferentes disposiciones acerca de la segunda suplicacion. 1ª De pleito cuyo valor sea de seis mil pesos se puede suplicar segunda vez de la sentencia pronunciada por la Audiencia. Esta, no obstante el recurso, debe ser eje-

donde todos los asuntos, así civiles como criminales, deben fenecerse con solo tres instancias.

(30) Leyes 1, 7 y 9 tit. 20 lib. 4 Rec. de Cast. Leyes 1, 4 y 6 tit. 22 lib. 11 Nov. Recop.

(31) Dicha ley 1. Las 1.500 *doblas* importan 21.838 y ½ reales, y por consiguiente cada *dobla* vale 14 rs., y 19 maravedis, segun computa Sala, refiriéndose á Maldonado y Dominguez en la *Ilustracion de la Curia*; pero Aso y Manuel enseñan, que cada *dobla* de oro de cabeza, vale 15 y ½ reales de vellon. Gomez Negro, *Elem. de práct. for.* pág. 123.

cutada, dando la parte fianzas de que si fuere revocada restituirá todo lo que por ella le hubiere sido adjudicado; pero si la sentencia de revista fuere sobre posesion, no ha lugar la segunda suplicacion, y se dede ejecutar, aunque no sea conforme a la de vista.

32—2ª Si despues de sentenciado el pleito en revista fuere suplicado para ante el Rey, la Audiencia debe sustanciar el artículo de grado, y oidas las partes sobre agravios, no debe pasar adelante ni determinar sobre si le hay ó nó, sino que debe remitir el proceso original con su relacion como estuviere, al Consejo de Indias, citadas las partes.

33—3ª El tiempo señalado para que la parte se presente á S. M. es un año para los del distrito de las Audiencias de los Reyes, Quito, Nuevo-reino de Granada, Santo Domingo y Nueva-España: año y medio los de las Audiencias de Chile y Charcas; y los de Filipinas dos años, contados estos tiempos desde el dia que salga la armada de los respectivos puertos.

34—4ª Siendo la parte pobre y precediendo informacion de tal, con citacion del fiscal, puede suceder la caucion juratoria en lugar de fianza real y verdadera.

35—5ª Los jueces que en el Consejo de Indias han de determinar los pleitos de segunda suplicacion no han de ser ménos de cinco; y si despues de nombrados faltare alguno por muerte ó ausencia, pueden determinar el pleito los cuatro que quedaren; pero si faltaren dos ó mas, se avisa al Rey para que nombre hasta completar el número. Estos deben declarar si ha lugar ó no el recurso; y declarando haberle, conocerán de la causa principal, y de la sentencia que pronunciaren, no hay suplicacion ni otro recurso.

36—6ª Por costumbre no se llevan en Indias las *doblas* que dispone la ley de Segovia; pero los que interponen segunda suplicacion deben dar fianzas de que pagarán mil ducados de pena, si se confirmare la sentencia de revista por el Consejo de Indias, los que se aplicarán en la misma forma que las mil y quinientas doblas; y declarándose no haber lugar al recurso, pagará el suplicante cuatrocientos ducados, mitad para la cámara y la otra mitad para la parte contraria (32).

§. VI.
Del recurso de injusticia notoria.

37—Se llama asi este recurso, porque el que usa de él se queja de haberle hecho *injusticia notoria* el tribunal de la real Audiencia, y pide al Consejo que la deshaga. Sobre cual sea la injusticia notoria en que se apoye el recurso de este nombre, hay una grande variedad entre los letrados, entre los jueces y entre los autores. Algunos quieren que la iniquidad ó injusticia sea tan clara, que aparezca por sola la lectura material de los autos: v. g., por no ser la decision conforme á la demanda, ó á lo deducido y probado por las partes, ó cuando tiene contra sí la notoria resistencia del derecho. Pero el señor conde de la Cañada asegura haber defendido y juzgado bastantes pleitos remitidos al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno haber hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contuviese una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caducase por falta de poder, citacion, ni subversion del órden

(32) Leyes 1, 2, 3, 4, 5, 6 y sig. tit. 13 lib. 5 Recop. de Indias.

público, habiendo sido necesario en todos internar el conocimiento en los hechos probados, y descender à lo que determinan las leyes. De donde se infiere, que para tener lugar este recurso, no es menester que la injusticia sea tan clara que ofenda la razon aun de los imperitos. No obstante, cuando hay alguna duda acerca de si están probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo esta razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entónces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo (os).

38—El conocimiento de este recurso es privativo del Consejo en la sala primera de gobierno. No tiene lugar en aquellas causas cuya determinacion pertenece al Consejo en la sala de mil y quinientas. Tampoco en las sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo de súplica, à no ser que la parte justifique en el Consejo haber pedido licencia para

(os) Entre las atribuciones que la ley de tribunales de 5 de diciembre ya citada, concede á la Suprema Corte de Justicia, la última del art. 17 dice así: «*Conocer del recurso de nulidad é injusticia notoria que segun la Ordenanza del Consulado se interponga de las sentencias del tribunal de alzadas.*» La real cédula de ereccion del Consulado, en su art. 13, establece lo siguiente: «De los negocios ejecutoriados solo podrá interponerse el *recurso de nulidad ó injusticia notoria*, al Consejo Supremo de Indias, donde se terminarán con arreglo á las leyes.» Esto no obstante, debe tenerse presente el art. 30 de la ley adicional de 23 de diciembre de 1851, que declaró no tener lugar el *recurso de nulidad*, ni aun por via de restitucion, de las sentencias que hayan causado ejecutoria, ó pasado en autoridad de cosa juzgada.

suplicar y habérsele denegado; y finalmente, no se admite de autos interlocutorios que no tengan fuerza de definitivos, y causen perjuicio irreparable.

39—Para introducir este recurso ha de preceder depósito de quinientos ducados que se hace en la depositaría de penas de camara, donde se da certificacion que se presenta con el recurso, ó fianza abonada que ha de recibir de su cuenta el escribano ante quien se otorgue; en cuya cantidad se condena á la parte que interpone el recurso, si se confirma la sentencia. La distribucion se hace en tres partes, aplicadas como en el de mil y quinientas, y el pobre dá la misma caucion juratoria que en aquel.

40—La formula de este recurso es, presentar pedimento haciendo relacion de los puntos en que consiste la injusticia notoria: se concluye pidiendo que el Consejo se sirva librar provision para la remision de autos por compulsa, con citacion de las partes; y que en su vista se declare que la sentencia de revista contiene injusticia notoria (33).

§. VII.

De los recursos de fuerza.

41—Se llaman así, porque por medio de ellos la parte que se siente agraviada de algun juez eclesiastico, recurre á los tribunales supremos como representantes del Rey, implorando su favor y defensa (34) De tres modos puede causarse fuerza por los jueces eclesiásticos. El 1º es, *en el conocer y*

(33) Autos Acordados 6, 7, 10 y sig. tít. 20 lib. 4 Rec. Leyes 1, 2, 3 y 4 tit. 23 lib. 11 Nov. Rec. Conde de la Cañada, *Juicio ordinario*, part. 3 cap. 5.

(34) Leyes 2 tit. 6 lib. 1 y 36 tit. 5 lib. 2 Rec. de Cast. Leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 2 Nov. Recop.

proceder, que es cuando toma conocimiento en una causa estraña de su jurisdiccion. En este caso usan los tribunales que conocen del recurso del auto que llaman *de legos*: éste se espide a fin de que el juez eclesiastico no conozca ni proceda á la determinacion de aquella causa, mandando se le remitan los autos, que se dan por de ningun valor.

42—El 2º es, *en el modo de conocer y proceder*; y tiene lugar cuando siendo la causa perteneciente á la jurisdiccion eclesiastica, no observa en la sustanciacion el órden y método prescrito en el derecho.

43—El 3º es, el que se llama *de no otorgar, ó no deferir á la apelacion*. Tiene lugar cuando el juez eclesiastico no otorga la apelacion que ante él se interpone, siendo admisible segun derecho (35).

44—Antes de entablar el recurso se debe preparar. Para esto la parte que se siente agraviada, si la fuerza consiste en el conocer y proceder, presenta pedimento ante el juez eclesiastico esponiendo las razones por qué no le corresponde el conocimiento de aquella causa, y pidiendo se abstenga de él y remita los autos al juez secular a quien corresponda, protestando de lo contrario el real auxilio de la fuerza. Si no lo hiciere, se pide testimonio, y con él si lo concede, y sin él, pero con testimonio del pedimento si lo niega, se interpone el recurso. Si la fuerza se causare en el modo, se debe pedir primeramente revocatoria del auto con que la infiere: de lo contrario, debe interponer apelacion. Si niega el juez eclesiástico uno y otro, se debe insistir en la apelacion, protestando el real auxilio de la fuerza; y si

(35) Auto Acordado 31 tit. 19 lib. 2 Rec. de Cast. Ley 21 tit. 2 lib. 2 Nov. Recop.

tampoco se admite, con testimonio de ello se usa del recurso (36) (ot).

§. VIII.
Del juicio ejecutivo.

45—El juicio ejecutivo es, un juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores, para que sin los dispendios y dilaciones de la via ordinaria consigan brevemente el cobro de sus créditos, atendidas solamente la verdad y equidad.

46—La ejecucion se hace en virtud de las cosas é instrumentos que la traen aparejada, los cuales son: primero, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: segundo, la ejecutoria dada por tribunal superior competente: tercero, la confesion clara de la deuda hecha en juicio y el juramento decisorio del pleito: cuarto, los conocimientos, vales y papeles, despues que el que los hizo los reconocio con juramento ante juez competente: quinto, el instrumento público y auténtico: sesto, la liquidacion ó instrumento simple, líquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido por la parte con la solemnidad correspondiente: séptimo, los libros y cuentas estrajudiciales reconocidas por las partes en juicio ó por instrumento público: octavo, las cédulas y provisiones de S. M. cuando no son contra

(36) Teatro de la legislacion, art. *Recurso de fuerza.*

(ot) A la Suprema Corte de Justicia corresponde conocer de estos recursos, conforme al art. 14 de la ley de Tribunales de 5 de diciembre ya citáda. Sobre esta materia pueden consultarse las *Máximas sobre recursos de fuerza* de Covarrubias: las *Observaciones* sobre los mismos, del Conde de la Cañada; y el tit. 10 lib. 4 del Sala mejicano, edicion de 1849, tomo 4 pág. 406 y siguientes.

derecho ni dadas en perjuicio de alguno, sin ser citado ni oido: noveno, los juros ó libranzas dadas por el Rey contra sus tesoreros y administradores: décimo, los parecéres conformes de los contadores (ou).

47—En virtud de cualesquiera de los instrumentos anteriores que traen aparejada ejecucion, puede pedirla no solo el acreedor, sino tambien el que tenga interés; así pues, puede pretenderla el sócio, aunque no tenga poder de los consócios: el marido por la dote que se le prometió y no entregó, y por los bienes parafernales, como conjunto y à nombre de su muger: el heredero del acreedor justificando serlo, contra los deudores del difunto: el comprador de la herencia contra los deudores de ella; y el fiador contra el principal obligado por lo que pagó por él, constando de la deuda y su solucion.

48—La ejecucion se despacha regularmente contra ciertos y determinados bienes que el deudor nombra, y si no lo hace, ó se halla ausente, contra los que indica el acreedor. Primero se traba en los bienes muebles, y por su falta en los raices.

49—Hay muchos bienes en los cuales no puede hacerse la ejecucion. Tales son las cosas sagradas y destinadas al culto divino: los aparejos y animales de labranza, sino es por derechos reales ó por diezmos: los instrumentos que tienen los artífices para el uso de su oficio: las casas, armas y caballos de los caballeros é hijosdalgos, si no es por deuda real: los sueldos de los militares: los libros de los

(ou) Las liquidaciones practicadas por los funcionarios de rentas, tendrán fuerza ejecutiva, siempre que para ello se haya citado al deudor, cuya circunstancia hará constar la escribania del ramo: ley de 15 de diciembre de 1851, art, 5.

abogados y estudiantes: el vestido diario, cama y otras cosas necesarias al uso cuotidiano etc. (37).

§. IX.
Orden y forma del juicio ejecutivo.

50—El acreedor que intenta ejecucion contra su deudor, debe presentar primeramente un escrito al juez, diciendo: que en atencion á que no ha podido cobrar de él su crédito, que consta del documento que presenta, no obstante las repetidas amigables reconvenciones que le ha hecho, se sirva mandar se libre mandamiento de ejecucion contra su persona y bienes, por la cantidad de la deuda y costas causadas, y que se causaren hasta su cumplida satisfaccion. El juez examina el instrumento presentado, y siendo de los que traen ciertamente aparejada ejecucion, manda librar el mandamiento, diciendo: *Vistos: líbrese mandamiento de ejecucion* [*]. Este se entrega al acreedor y no al alguacil, pena de nulidad de ella (38).

(37) Leyes 7 tit. 2 lib. 1 y 25, 26, 27 y 28 tit. 21 lib. 4 y 6 tit. 17 lib 5 Rec. de Cast. Leyes 3 tit. 5 lib. 1, y 6, 15 y 16 tit. 31 lib. 11 Nov. Rec.: 2, 4 y 5 tit. 14 lib. 5 R. Ind. y 3 tit. 27 Part. 3. Cur Fil. § 16 n. 8 y sig.

[*] Este es el rigor de derecho; pero en la práctica se observa que el acreedor presenta primero un escrito pidiendo se mande á su deudor le pague dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion. El juez á este escrito provée: *Pague dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion.* Si no paga el deudor en este término ó se aviene con su acreedor, vuelve éste á presentarse pidiendo se libre en efecto el mandamiento de ejecucion.

(38) Ley 17 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 10 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

51—Pudiendo ser habido el deudor se le requiere con el mandamiento ejecutivo, por medio del escribano y ministros que pasan á su casa, para que, ó pague la cantidad por qué se despachó, ó señale bienes en que se trabe la ejecucion. Esta, segun hemos dicho, se debe hacer precisamente en bienes muebles: no habiéndolos, en raices; y á falta de todos, en las deudas, derechos y acciones del deudor (39). Si éste no puede ser habido, o no nombra bienes, ó los que nombra no son suficientes, los señala el acreedor por el órden referido. Verificada la ejecucion, se deben inventariar y depositar los bienes embargados en poder de persona abonada, y el deudor debe dar la fianza llamada *de saneamiento*. Por ella asegura el fiador, que los bienes ejecutados son del deudor, y que si no lo fueren, se obliga á satisfacer toda la deuda ó lo que falte con los suyos, hecha escusion de los del deudor. Esta fianza es sustancial en el juicio ejecutivo, para que no sea ilusorio; y no dándola el ejecutado, se le debe poner preso (40) [*].

(39) Ley 9 tit. 21 lib. 4 Rec. Ley 6 tit. 28 lib. 11 Nov.

(40) Ley 19 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 12 tit. 28 lib 11 Nov. Rec.

[*] Hay algunos que gozan del privilegio de no poder ser presos por deudas. Tales son: 1º los procuradores de los pueblos que estan en la corte: 2º los nobles é hijosdalgos, siempre que la deuda no proceda de delito ó cuasi delito: 3º los doctores ó licenciados en facultades mayores: 4º los labradores en tiempo de cosecha, si no es por deudas reales ó procedentes de delitos: 5º las mugeres. Leyes 10 y 11 tit. 7 lib. 6, 4 tit. 2 lib. 6, 8 y 9 tit. 7 lib. 1, 25 y 26 tit. 21 lib. 4, 8 tit. 1 lib. 5, y 2 cap. 4 tit. 17 lib. 6 Rec. de Cast. Leyes 5 tit. 8 lib. 3, 2 tit. 2, 14 y 15 tit. 18 lib. 6, 2 tit. 29 lib. 7, 3 tit. 5 lib. 10, y 8 y 19 tit. 31 lib. 11 Nov. Rec.

52—Hecha la ejecucion y notificado su estado al deudor, pide el acreedor que se pregonen los bienes ejecutados, á efecto de venderlos en pública subasta. El juez provée á su peticion mandando: que se den tres pregones de nueve á nueve dias cada uno, si los bienes son raices; y si fueren muebles, de tres en tres dias, escluyendo los en que se dieren los dichos pregones (41).

53—Dados éstos, ó pasado el término de ellos, si el deudor los renunció, se presenta el acreedor pidiendo *se cite al reo de remate*, y el juez lo manda citar, estando en estado. En esta citacion se le apercibe, que si dentro de los tres dias siguientes al de la fecha, no comparece á mostrar paga, quita ó razon legítima para no pagar, se procederá sin mas citacion á la subasta y venta de los bienes ejecutados, para verificar el pago de la cantidad principal, costas y décima, donde haya costumbre de exijirla.

54—Dentro de estos tres dias debe el deudor oponerse á la ejecucion, si tiene escepcion legítima que alegar. A este efecto presenta un escrito, diciendo: que por tal cantidad se despachó contra él ejecucion, se le embargaron bienes y se le ha citado de remate; pero que mediante á tener que alegar y escepcionar contra dicha ejecucion, se opone á ella y pide se le manden entregar los autos. El juez provée en estos términos: *Háse á esta parte por opuesta á la ejecucion que refiere, y se encargan á entrámbas los diez dias de la ley.*

55—La oposicion que haga el ejecutado ó las escepciones que debe proponer, deben ser paga, promesa ó pacto de no pedir, falsedad, usura, temor

(41) Dicha ley 19 tit. 21 lib. 4 Rec.

ó fuerza, y otras legítimas que de derecho se deban admitir (42); y sin embargo de cualesquiera otras escepciones debe el juez llevar adelante la ejecucion. Propuesta por el reo alguna escepcion de las dichas, se le han de entregar los autos, y debe probarla dentro de diez dias, que han de contarse desde aquel en que hizo la oposicion; de manera que si no la prueba dentro de ellos, debe sentenciarse la causa de remate, sin embargo de apelacion, que no debe admitirse, sino en cuanto al efecto devolutivo (43).

56—No oponiéndose el deudor á la ejecucion, dentro de los tres dias, ó si se opone no probando sus escepciones dentro de los diez dias, el acreedor se presenta pidiendo que se sentencie la causa de remate. El juez llama los *autos con citacion*, y pasados tres dias da su sentencia, mandando continuar la ejecucion y hacer trance y remate de los bienes ejecutados y de su precio, entero pago al acreedor, dando éste previamente la fianza de la ley de Toledo ó de Madrid, segun sea la deuda; y que, precedida tasacion de las costas, se espida el correspondiente mandamiento de pago.

57—Dada la fianza y hecha relacion de las posturas de los bienes, y de su justiprecio hecho por peritos nombrados por las partes, y pareciendo admísibles las posturas, por llegar á las dos terceras partes del valor de los bienes, se pide por el acreedor que se dé el cuarto pregon. Este se manda dar por el juez y efectuar el remate señalando dia y hora para él, con citacion del deudor.

58—Llegado el dia, y dado el cuarto pregon,

(42) Ley 1 tit. 21 lib. 4 Rec. Ley 3 tit. 28 lib. 11 Rec.
(43) Ley 3 tit. 21 lib. 4 Rec. Ley 2 tit. 28 lib. 11 Nov.

adjudica el juez los bienes al postor, otorgándole venta judicial de ellos. Pero si no se halla postor, ó si se halla no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio de ellos, puede el acreedor pretender se le entreguen en pago de su deuda, y el juez debe adjudicárselos, si lo consiente el deudor, ó no lo contradice dentro de tercero dia de habérsele comunicado esta pretension, formalizándose á su favor la correspondiente escritura. El acreedor los debe recibir en esta forma: si su valor escede al crédito, debe restituir el esceso, y si no alcanza puede repetir contra los demas del deudor por el resíduo y costas (44).

59—La parte que se siente agraviada por la sentencia en este juicio, puede apelar; pero al deudor no se le debe admitir la apelacion, si no es pagada la parte; porque en este caso no tiene mas efecto que el devolutivo (45). En estos términos se sigue en juicio ordinario el grado de apelacion y suplicacion, hasta la sentencia de revista (ov). Puede

(44) Leyes fin. tit. 27 Part. 3, y 44 tit. 13 Part. 5.

(45) Ley 3 tit. 21 lib. 4 Rec. de Cast. Ley 2 tit. 28 lib. 11 Nov. Recop.

(ov) En los negocios de hacienda pública, si el interes que se ventila no pasare de doscientos pesos, el juicio será verbal; pero si escediere de dicha suma se procederá en juicio escrito, sustanciándolo y determinándolo por los trámites legales. En el juicio *ordinario*, no se admitirán mas escritos que el de demanda y su contestacion: se recibirá la causa á prueba con calidad de publicacion, conclusion y citacion, restrinjiendo los plazos judiciales á los precisos términos de las leyes. En el juicio *ejecutivo*, presentada la escritura ó documento que traiga aparejada ejecucion, se mandará librar ésta, ordenando que, trabada como corres-

tambien cualquier tercer opositor salir oponiéndose á la ejecucion hasta la sentencia para ser preferido al ejecutante; y como no se le haya hecho paga, aunque se hayan rematado los bienes, tiene lugar

ponde, el ejecutante y ejecutado nombren peritos para el valúo de los bienes embargados, y que hecho el nombramiento, se proceda al justiprecio de ellos. Los pregones, si no los renunciaren ambas partes, serán dos: se darán cada dos dias si los bienes fueren muebles, y cada cuatro si fueren raices; y cuando el ejecutado y sus bienes existan en jurisdiccion ó pueblo distinto de aquel donde se instruya la causa, se darán en ambos los mismos pregones. El término llamado *del encargado* será de seis dias, y de dos el que se dé á cada parte para alegar de bien probado. Corridos los términos respectivos, el escribano deberá exijir los autos á quien los tuviere para darles el curso que corresponde, sin necesidad de que se acuse rebeldía: ley orgánica de la hacienda federal de 27 de febrero de 1837, art. 96 á 101. Mas, segun la del Estado, de 1 de agosto de 1832, art. 231, en el juicio ejecutivo, despues de los requerimientos estrajudiciales, el primer auto será el de ejecucion: los pregones para los bienes raices se darán dentro de nueve dias y para los muebles, dentro de dos, y durante ellos se practicarán los valùos, debiendo el ejecutado dar la fianza de *saneamiento*. Véase la ley 18 tit. 7 lib. 9 Recop. de Cast.—El ejercicio de la jurisdiccion contenciosa corresponde en esta capital al administrador de rentas, y en los departamentos y distritos á los delegados y subdelegados de hacienda: no pueden pronunciar determinacion sobre punto de derecho, sin dictámen de letrado; y aunque queda espedito el recurso de apelacion en estas determinaciones para ánte la Corte de Justicia, no deberá otorgarse sino en el efecto devolutivo, pagando previamente á la hacienda pública: ley de 15 de diciembre de 1851, art. 1, 2 y 3.

la oposicion.

60—Siendo tres al ménos los acreedores que salen demandando al mismo deudor, y alegando derecho á sus bienes, se forma *concurso*. Este juicio se sigue entre el deudor y los acreedores, sustanciándose en lo principal con dos escritos de cada parte por todos los términos de la via ordinaria, hasta que se pronuncia la sentencia, que se llama *de graduacion ó de preferidos*, porque en ella se señala el órden con que deben ser pagados todos los que han probado su derecho, dando cada uno la fianza llamada *depositaria, ó de acreedor de mejor derecho* (46).

61—Esta sentencia es apelable, y para poderse ejecutar, ó se ha de ejecutoriar, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada; y no apelando ninguno, ó consintiéndola todos, puede pretender el defensor del concurso se declare por tal (ox).

§. X.
Del juicio de tenuta.

62—La posesion de los mayorazgos se transmite al inmediato sucesor, faltando el que la obtenia, solo por ministerio de la ley y sin necesidad de otro acto (47); pero sucediendo algunas veces que dos ó mas individuos se creen con derecho al goce de aquella posesion, se ha establecido el *juicio de tenuta*, para determinar en su consecuencia quien deba ser el tenedor del mayorazgo.

63—Este juicio es *plenario posesorio*, y corres-

(46) Ley 11 tit. 16 lib. 5 Rec. Cast. Tapia, lib. 3 tit. 4.

(ox) El juzgado que conozca de una causa en que sea interesada la hacienda pública del Estado, tendrá el *derecho de atraccion*: ley de 1 de agosto de 1832, art. 232.

(47) Ley 45 de Toro, ó 1 tit. 24 lib. 11 Nov. Rec.

ponde su conocimiento al Consejo, ante quien debe presentarse la demanda dentro de seis meses, contados desde el dia en que se dió la posesion del mayorazgo al que la pretendió por su vacante (48). Esta debe justificarse por el que la intente, solicitando simultáneamente la restitucion de frutos, en virtud de que la sucesion en el mayorazgo se considera de título universal (49). Tambien debe comprobarse por el demandante su filiacion, de modo que al esponer su derecho, califique la razon por qué pretende la posesion, ya por ser pariente del fundador, ó ya por estar comprendido en los llamamientos que éste hubiese hecho; concluyendo con que se mande despachar real provision á la justicia del pueblo en que estan las fincas, para que remita al Consejo los autos que à instancia de otros interesados se hubiesen actuado; o en caso contrario, para que se fijen cedulones de nueve en nueve dias, convocándose á los que tengan derecho, con el fin de que ocurran á deducirlo.

64—Con el resultado de aquellas convocatorias, se decide dentro de cuarenta dias el artículo de administracion, en cuya dilacion se oye á los interesados que se hubiesen presentado, pues transcurridos

(48) Ley 2 tit. 24 lib. 11 Nov. Recop.

(49) Febrero reform., prim. part. cap. 9 n. 69. Antiguamente no se podia intentar este juicio sino ante la Audiencia, pues era de los que se llamaban *casos de corte*; mas en el dia, en los que tenga lugar, deberá hacerse precisamente ante el juez de primera instancia á quien deberá presentarse el que crea tener derecho á los bienes, pretendiendo lo conveniente. Véase á Gomez Negro, *Elementos de práct. for.*, part. 3 trat. 4 pág. 244, y el *Apéndice de las vinculaciones*, tomo III pág. 19 y sig. de esta obra.

los cuarenta dias, se mandan pasar los autos al relator, quien forma el memorial ajustado, para que con él pase el Escribano de Cámara á dar cuenta en la Sala de Mil y quinientas, donde se determine el artículo de administracion, confiriéndose a alguno de los mismos que la han pretendido, ó poniéndose en secuestro (50).

65—En este estado se recibe á prueba la demanda *de tenuta* por los ochenta dias de la ley, y dentro de ellos pueden las partes justificar cuanto á sus derechos convenga, ministrando despues sus respectivas alegáciones. Evacuado este trámite, pasan los autos al relator para que forme el memorial ajustado, y concluido, se señala dia para verse el pleito por las tres salas de Justicia, cuyos ministros, en número de trece, si pudiesen, no bajando nunca de nueve, determinan la demanda de tenuta (51) De la sentencia que se espida no se admite suplicacion, y por lo tanto se manda despachar ejecutoria, remitiéndose los autos á la Chancilleria ó Audiencia, á quien corresponde el conocimiento del *juicio petitorio.*

§. XI.
Del juicio criminal.

66—Este juicio, segun hemos dicho ya, se dirige á que se imponga á los delincuentes la pena que conforme á derecho merezca su delito. En él se puede proceder de tres modos: 1º por acusacion: 2º por denuncia; y 3º por inquisicion ó de oficio del juez.

(50) Auto acord. del Consejo de 20 de julio de 1750.

(51) Ley 21 tit. 7 lib. 4 Nov. Rec. Not. 3 tit. 24 lib. 11 Nov. Rec.

§. XII.

Juicio criminal por acusacion.

67—Se dá el nombre de *querella* ó *acusacion* al primer escrito de la causa, en que el querellante despues de referir el delito con sus circunstancias, espresando el nombre del delincuente, y pidiendo que se le impongan las penas debidas, solicita que se le admita una informacion sumaria sobre lo espuesto, y que hecha la suficiente, se mande prender al reo, y embargar sus bienes. El juez si la causa no es grave, comete la informacion al escribano; pero si lo es, debe recibirla por sí mismo, y resultando de ella semiplena prueba, ó indicios bastantes, libra mandamiento de prision y secuestro de bienes contra el reo (oy).

(oy) Nadie puede ser detenido sino en virtud de órden escrita de autoridad competente para darla. Para librarla basta que conste al juez por queja, acusacion ú otro motivo, que se ha cometido un delito, y él tenga fundamento para presumir quien es el delincuente. Puede ser detenido el delincuente cuya fuga se tema con fundamento, y el que sea encontrado en el acto de delinquir: en este caso cualquiera puede aprehenderle, poniéndole inmediatamente á disposicion de la autoridad. Todo delincuente debe ser interrogado dentro de cuarenta y ocho horas: la detencion no podrá esceder de cinco dias, dentro de cuyo término deberá la autoridad que la haya ordenado, practicar las diligencias respectivas, y segun su mérito, librar por escrito la órden de prision ó de libertad del detenido. No podrá dictarse auto de prision sin que preceda informacion sumaria de haberse cometido un delito que merezca pena corporal ó pecuniaria, y sin que concurra indicio racional ó motivo suficiente para suponer que la persona detenida es la que ha cometido aquel

68—Recibida la sumaria, se toma confesion al reo preguntàndole aquello que consta de los autos, á lo ménos por semiplena prueba; y así de ella, como de los autos se da traslado al acusador, mandándole que dentro de tercero dia ponga acusacion formal al reo, con apercibimiento de que no haciéndolo, se le declarará por no parte. Si no lo verifica en el término señalado, acusándole la rebeldía el reo, se le manda notificar por segundo término, y por tercero que cumpla con lo mandado; y finalmente se le declara por no parte, y se sigue la causa de oficio. Pero si el acusador formalizare la acusacion, se da traslado de ella al reo, el cual responde, y de su respuesta se da traslado al acusador: y al nuevo escrito de este, contesta el reo en cuarto escrito; siguiéndose en este y en lo demas los trámites del juicio ordinario civil. Se recibe, pues, la causa á prueba, prorogándose los términos: se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado: abona cada parte sus testigos; y tachando los de la otra, se recibe la causa á prueba de tachas. Despues se concluye para definitiva, y manda el juez traer los autos con citacion de las partes, y vistos se sentencia y sigue el grado de apelacion y suplicacion, como en la via ordinaria.

delito. Las personas aprehendidas por la autoridad pública no podrán ser llevadas á otros lugares de detencion, prision ó arresto, que á los públicos destinados legalmente al efecto; pero atendidas la naturaleza y circunstancias del delito, y condiciones de las personas, los jueces podrán, exijiendo la competente caucion y bajo su propia responsabilidad, dejar al detenido en su habitacion, ó en otro lugar seguro, guiándose por el espíritu de la ley 4 tit. 29 Part. 7. Ley adicional á la de tribunales de 23 de diciembre de 1851, art. 18 á 22.

69—Si el acusado se presenta dentro del plazo que se le señaló para responder á la acusacion, y el acusador no comparece, le puede el juez imponer á su arbitrio una pena pecuniaria, y mandarle emplazar de nuevo, señalándole tèrmino para que acuda á seguir su acusacion; y si no acudiere dentro de él, ni diese ninguna escusa justa, debe el juez absolver al acusado de la acusacion, haciendo que el acusador le satisfaga todas las costas, y perjuicios que se le ocasionaron por causa de ella. Pero si ningunos se le originaron, ni fué perjudicado en su honor, puede el acusador en el término de treinta dias apartarse de la acusacion con la venia del juez, quien debe concedérsela *cuando entienda que no la desampara engañosamente, mas porque dice que la fizo por yerro (52).*

70—De aquí se infiere, que hay ciertos casos en que no puede el acusador abandonar su acusacion, ni aun con permiso del juez. El primero es cuando se ha puesto preso al acusado, y por causa de su prision ha padecido en su estimacion ó en sus bienes: el segundo es cuando sabe el juez con certeza que fué maliciosa ó falsa la acusacion; y el tercero, cuando se acusa una traicion contra el Rey ó república, alguna falsedad, algun hurto ó robo hecho á algun lugar sagrado, ó al Rey, ó el abandono de algun castillo ó fortaleza, cuya guarda hubiese sido encomendada á algun caballero ú oficial militar. En cualquiera de estos casos se halla precisado el acusador á seguir y probar su acusacion; y si la desamparase, ha de sufrir la pena que debia imponerse al acusado, acreditándose el crimen de que le acusaba. Se esceptúan, no obstante, aquellas perso-

(52) Ley 19 tit. 1 Part. 7.

nas que, segun las leyes, no deben sufrir pena alguna, aunque no prueben el contenido de sus acusaciones (53).

§ XIII.

Juicio criminal de oficio, ya sea por denuncia ó por inquisicion.

71—De este modo se procede siempre que no se presenta ningun acusador contra los delitos. Para evitar su impunidad, que sería tan dañosa á la sociedad, pueden los jueces proceder de oficio, ó por sí mismos á investigarlos, y averiguar sus autores, para imponerles el correspondiente castigo.

72—Para que el juez proceda de *oficio*, es necesario que tenga noticia del delito; y esto puede ser, bien por fama ó rumor que corra en el pueblo, bien por denuncia ó *delacion*. Esta es un aviso del delito, que se dá estrajudicialmente al juez para que ponga enmienda, ó imponga castigo. Puede hacerse por medio de alguna carta dirigida al juez ó de palabra à éste ante escribano, quien debe poner por escrito el hecho acaecido con todas sus circunstancias, á fin de que puedan hacerse las correspondientes averiguaciones; pero lo mas comun es, que el denunciador por no enemistarse, avise secretamente á los alguaciles, escribano ó juez, para que éste siga de oficio la causa si le parece conveniente.

73—En toda causa criminal, lo primero que se ha de averiguar es, segun la espresion forense, *el cuerpo del delito;* pues no habiendo delito justificado, no puede haber delincuente, y antes, por ejemplo, que alguno pueda ser convencido de homicida, es necesario hacer constar que ha habido

(53) Leyes 20 y 21 tit. 1 Part. 7.

un hombre muerto. Luego, pues, que llega à noticia del juez que se ha cometido algun delito, hace un auto que se llama *cabeza de proceso:* en él refiere, que habiéndosele dado noticia en aquel instante, que son las tantas horas de la mañana, tarde ó noche del dia presente, de que en tal sitio se ha cometido tal delito; por tanto, para averiguar la verdad del hecho, y castigar, como corresponde, á los delincuentes, manda formar dicho auto; á cuyo tenor y demas circunstancias que resultaren, se examinen los testigos que puedan ser sabedores del caso, para lo cual, y practicar las demas diligencias oportunas, pasará personalmente el juez [*].

74—Inmediatamente que ha proveido el auto referido, debe el juez comenzar á formalizar las justificaciones del cuerpo del delito, con estension por menor de todas sus circunstancias y particularidades, bien sea en homicidios, mutilaciones de miembros, heridas, robos, latrocinios, ó cualquiera otro crímen grave; á recibir la sumaria de las personas que puedan declarar la verdad de los hechos y sus autores, evacuando las citas que se vayan haciendo. Constando ya del delito, y resultando indicios bastantes contra alguno por la sumaria, se librará mandamiento de prision contra él, y contra todos los que resultaren reos: se les mandará embargar y secuestrar sus bienes no siendo índios, y se depositarán en persona abonada (oz).

[*] Si el delito no es muy grave, y el juez está ocupado en otros asuntos de administracion de justicia, se puede cometer la averiguacion al escribano, siendo hombre de habilidad y de buena conciencia.

(oz] Solo se hará embargo de bienes cuando se pro-

75—Concluida la sumaria, y apareciendo justificados el delito y delincuentes, debe el juez proveer un auto en que declara por bastante la informacion recibida; por bien presos los reos, y sus bienes por bien secuestrados, mandando al mismo tiempo que se les tomen sus confesiones (54).

76—La confesion del reo viene á hacer la contestacion de la causa, y es la última diligencia de la sumaria. Esta comienza preguntándole como se llama, de donde es natural y vecino, y que edad tiene. Si de aquí resultare ser menor de veinte y cinco años ó indio, se le debe nombrar curador *ad litem*. Este, habiendo aceptado el cargo, y hecho el juramento correspondiente, entrará á ver jurar al reo (ua). Despues saldrá del lugar ó pieza de la confesion, mientras se le recibe, y se le hacen todas las preguntas y repreguntas conducentes sobre lo que resulta de la sumaria (ub). Concluida la

ceda por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporcion á la cantidad á que éste pueda estenderse. Art. 294 de la Constitucion española de 1812.

(54) Véase el Auto acordado de esta Real Audiencia de 6 de diciembre de 1784.

(ua) En materias criminales y en hechos propios no puede apremiarse á nadie á declarar bajo de juramento: Constitucion española de 1812. art. 291: Constitucion del Estado, art. 195; y ley de garantias de 5 de diciembre de 1839, secc. 2 art. 14.

(ub) En las causas criminales, despues de concluido el sumario, y recibida la confesion al tratado como reo, todas las providencias y demas actos seran en audiencia pública. Debe procurarse que el sumario quede concluido dentro de un mes; pero si por haberse presentado dificultades insuperables, dilatare mas tiempo, entonces podrá procederse á la escarcelacion bajo de

confesion, debe el curador volver á entrar, para que en presencia suya se lea al reo su declaracion, y ratificandose en lo dicho, la firman ambos, ó el que supiere [*].

77—Si hay fiscal ó parte por la vindicta pública, se provee auto por el juez mandando que se le dé traslado de los autos para que en vista de ellos formalice su acusacion, y pida lo que corresponda segun derecho [**]. De la acusacion y de

fianza, aunque no esté concluido el sumario, siempre que de lo autuado no resulte cargo que merezca pena corporal: Artículos 91 y 92 de dicha ley de tribunales. No será llevado ni detenido en la cárcel el que diere fianza en los casos en que la ley no lo prohiba: art. 192 de la Constitucion del Estado, y 295 y 296 de la de 1812: Gutierrez, *práct. crim.* tom. 1 cap. 6 núm. 2 y 22. Cométese el crímen de *detencion arbitraria*, cuando el juez manda poner en la cárcel á una persona que dé fiador, en los casos en que la ley no prohibe espresamente el que se admita la fianza; y cuando no pone al preso en libertad bajo de fianza, luego que en cualquier estado de la causa aparece que no puede imponérsele pena corporal: Decreto de Cortes de 17 de abril de 1821 art. 30. En todos los casos en que haya lugar á escarcelacion bajo de fianza, los jueces exijirán que el fiador responda con una cantidad pecuniaria, proporcionada al delito, á juicio de los mismos jueces: ley de 23 de diciembre de 1851, art. 15.

[*] La confesion en realidad de verdad no concluye, sino que se suspende, dejándola abierta para continuarla siempre que convenga; lo que tambien se hace en todo lo perteneciente á recibir deposiciones de testigos, y así lo debe espresar el juez en el auto que provee despues de la confesion.

[**] No habiendo parte por la vindicta pública, y siendo grave la causa, nombra el juez de oficio pro-

todo lo que pidan, se dá traslado al reo para que en el término que se le señale alegue lo que le convenga. De este alegato ó defensa, se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, y despues al reo, quien por último satisface en cuarto escrito. Despues pide el promotor fiscal que se concluya en la causa para prueba, y de su peticion se dá traslado, con término, á lo mas de tres dias, al procurador del reo. No contradiciéndose con fundamento la conclusion, manda el juez se traigan los autos para proveer lo que corresponda, segun su estado, citando antes á las partes.

78—Evacuado esto, provee el juez que se reciba la causa a prueba, por el término de nueve dias comunes á todos los interesados, para que dentro de ellos pidan y justifiquen lo que les convenga. Este término, con consideracion á la gravedad de la causa, número de los reos, y mayor ó menor dificultad de dar las pruebas, puede el juez ir prorogando hasta los ochenta de la ley, y no mas. Dentro de él se ratificarán los testigos del sumario: se examinarán de nuevo los que conviniere á la justificacion de la causa y se recibirán

motor fiscal á algun abogado ú otro sugeto capaz. A éste se le pasa la causa para que en el término que se le señala formalice la acusacion, y pida lo que convenga segun derecho. Este auto se le hace saber para que acepte y jure desempeñar bien y fielmente tal encargo. Al mismo tiempo se hace saber al reo el estado de la causa, para que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue á favor de éste el correspondiente poder, con apercibimiento de que, no haciéndolo, se sustanciará la causa en rebeldia y su omision le parará el mismo perjuicio que su espreso consentimiento. Véase en la pág. 155 el núm. 7 y su nota.

las pruebas (uc).

79—Concluido el término de prueba, y á peticion del promotor fiscal ó del reo, ó si no de oficio [*], el juez provee, que habiéndose cumplido el término de prueba, lo que ha de certificar el escribano de la causa, se hace publicacion de probanzas, las cuales unidas al proceso, se han de entregar á las partes por su órden y por tiempo determinado, para que en su vista aleguen y pidan lo que les convenga. El promotor fiscal alega de bien probado, y pide se imponga al reo la pena que conforme a derecho corresponde. De este alegato se dá traslado al defensor del reo, quien satisface con otro, de que se vuelve à dar traslado al promotor fiscal, el cual concluye para definitiva [**]. El juez

(uc) Todos los que depongan como testigos en cualquiera causa, sea civil ó criminal, deberán dar su testimonio por declaracion jurada; pero los que en concepto de peritos espongan su juicio sobre cosas relativas á su facultad, podrán hacerlo por informe con juramento; y lo mismo se observará, cuando los funcionarios pùblicos depongan sobre cosas que les consten en razon de oficio. Todo procesado puede renunciar el derecho que tiene á que los testigos examinados en la sumaria, sean ratificados en plenario; y se entiende renunciado este derecho por la circunstancia sola de no pedirse la ratificacion en el término probatorio: en consecuencia, podrán omitirse las ratificaciones en las causas criminales, á menos que se pidan por parte del reo, ó el juez tenga por conveniente hacerlas: ley de 5 de diciembre ya citada, art. 89 y 90. Véase el Decreto de Córtes de 11 de setiembre de 1820, sobre la sustanciacion de las causas criminales.

[*] Cuando no hay promotor fiscal, ni parte por la vindicta pública, el juez sigue todos estos trámites de oficio.

[**] Siempre que falta acusador ó parte ofendida,

ha por conclusa la causa, y manda se traiga para proveer, citadas las partes [*].

80—Para pronunciar la sentencia ha de instruirse el juez perfectamente de cuanto resulte del proceso, tomandose todo el tiempo necesario para ello, y para formar un juicio acertado y maduro. Si bien instruido de lo que resulte de los autos, advierte que està plena y claramente probado el delito contra el que se procede, da su sentencia, condenando al delincuente en la pena prescrita por las leyes; y de lo contrario, le debe absolver, aunque tenga contra sí algunos indicios ó presunciones; con especialidad si el castigo habia de ser la pérdida de la vida, para la cual *por ser la persona del hombre la cosa mas noble del mundo*, exige una ley, pruebas *ciertas é claras como la luz, de manera que non*

que quiera hacer de tal, ó persona nombrada segun la ley para la causa en particular, que acuse en satisfaccion de la vindicta pública, é inste por el castigo y ejemplo; despues de tomada la confesion al reo provee el juez un auto, en que le hace cargo de la culpa que resulta contra él de los autos, y se le manda dar traslado de ellos: recibe la causa á prueba con el término que le parece, con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia; y manda que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y los peritos que hubieren depuesto en comprobacion del delito, y se reciban otros. Todo esto comprende el auto que llaman *de cargo y culpa*, el cual se notifica al reo para que se descargue y pruebe su inocencia; y se le conceden las prorogaciones de término que fueren menester.

[*] Los jueces no letrados, en este estado, deben remitir el proceso cerrado, y por conducto seguro á algun abogado, con cuyo parecer ó dictámen absuelvan, ó impongan al reo la pena que merezca.

pueda sobre ellas venir dubda ninguna (55).

81—En el caso de no haber contra un reo pruebas claras del delito, sino graves y fundados indicios que no ha podido desvanecer, se practica que semejante reo sea absuelto solamente *de la instancia*, para que pueda suscitarse de nuevo el juicio por el mismo crimen, siempre que se produzcan otras pruebas contra él (ud).

82—Dada la sentencia, el reo por lo regular apela, y se sigue el grado de apelacion y suplicacion, como se dijo en el juicio ordinario civil (ue).

§ XIV.

Juicio criminal con el reo ausente.

83—Si el reo contra quien se ha de proceder criminalmente no puede ser habido, siendo el delito de calidad que por él se deban secuestrar los bienes al reo, si se secuestran, y el acusador ó fiscal pide que sea llamado por edictos y pregones, presentando certificacion del alguacil que asegure como lo ha

(55) Leyes 26 tít. 1, 7 y 9 tít. 31 Part. 7.

(ud) Curia filip. part. 3 § 17 núm. 1.

(ue) Toda sentencia definitiva pronunciada en proceso criminal, seguido por escrito, no debe ejecutarse sin aprobacion de la Corte, aun cuando sea absolutoria. Tampoco podrán ejecutarse sin dicha aprobacion, los autos interlocutorios en que se concede escarcelacion bajo de fianza, si el delito de que se hace cargo al procesado fuere el de traicion, homicidio, adulterio, rapto ó fuerza, incendio y asalto en despoblado: ley de 5 de diciembre citada art. 38 y 39. Téngase presente aquí lo que dijimos en la nota (oi) pág. 256 acerca de las causas que deben sentenciarse con calidad ejecutiva.

buscado y no puede ser habido, y del alcaide ó carcelero, de que no se ha presentado en la carcel, ni esta preso: entonces manda el juez despachar el primer edicto, en el cual espresa el delito y ordena al reo que comparezca á defenderse dentro de nueve dias, que le oira y hará justicia; con apercibimiento, que de no hacerlo, procederà en su rebeldía como hallare por derecho, y le declarará los estrados de su audiencia por bastantes, para que con ellos se hagan los autos hasta la definitiva. Se espresa ser el primer edicto, y se manda publicar en la casa del reo, si la tiene, y fijar en lugar publico acostumbrado.

84—Si no parece al plazo, se le acusa rebeldía, y se pide que se despache segundo edicto; y el juez con certificacion del alcaide, de que no se ha presentado el reo, ni está preso, le condena en la pena llamada *del despréz*, que son sesenta maravedis; y provee que despache segundo edicto, en que le manda comparecer dentro de otros nueve dias, y que se fije en su casa y en el lugar acostumbrado. Si no parece al plazo, se le vuelve á acusar rebeldía, pidiendo se le despache el tercer edicto, y que se le condene en la pena llamada *del homecillo*, que es de seiscientos maravedis: el juez le condena en ella ó en otra arbitraria, que es lo que se acostumbra, certificado ántes de que no se ha presentado, ni está preso; y manda que sea llamado por tercer edicto, que publicará y fijarà como los anteriores. Si no comparece, el acusador ó fiscal le acusa rebeldíá, y pide que se le dé traslado de la sumaria informacion para ponerle la acusacion en forma, y pedir lo que corresponda en justicia; y el juez con la tercera certificacion del carcelero, manda que se de al acusador el traslado que pide.

y que formalice su acusacion.

85—Presentada èsta, el juez manda que el reo ausente responda dentro de tercero dia, y que se le notifique así en los estrados de su audiencia, que declara por bastantes. Notificado el auto á los estrados, y pasados los tres dias, el acusador le acusa rebeldía, y pide que se reciba la causa a prueba. El juez la ha por acusada, y recibe la causa á prueba por el término que le parece; lo que se notifica al querellante y á los estrados, por el reo ausente. Se reciben las pruebas, se ratifican los testigos de la sumaria, se hace publicacion de probanzas, y en todo se sigue la causa por los trámites ordinarios de derecho, hasta que se da sentencia definitiva conforme al proceso; entendiéndose para todo con los estrados, á quienes se hacen las notificaciones.

86—Si el reo comparece al segundo plazo, debe pagar la pena del *despréz* y costas, y sera oido: si pareciere al tercer plazo, a mas de esto, pagara la pena del *homecillo*, y tambien será oido; y lo mismo será presentandose, ó siendo preso antes de la sentencia definitiva, ó despues de ella, dentro de un año (uf).

(uf) Del *despréz* y *homecillo* puede decirse lo mismo que de todas las penas pecuniarias establecidas en nuestras leyes antiguas: esto es, que han pasado á ser arbitrarias y mayores por precision, pues habiéndose disminuido sobremanera el valor de la moneda, de nada serviría el imponerlas. ¿No sería cosa rídicula que en la actualidad se impusiese una pena de menos de un real de plata, como lo es la del *despréz*; ó de treinta y cinco reales y maravedises, cual lo es la del *homecillo*? Gutierrez, *práct. crim.* tomo 1º, Apendice 1º, pág. 350 núm. 9.

87—Siguiéndose la causa de oficio por solo el juez, luego que se libre el mandamiento de prision en virtud de la sumaria, constando por certificacion del alguacil que no puede ser habido el reo, y por la del alcaide, que no se ha presentado en la cárcel, ni está preso; se despachan los tres edictos como vá dicho, al fin del plazo de cada uno, y cumplido el tercero, pronuncia auto el juez en que recibe la causa á prueba con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, mandando que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y se examinen otros, y que se notifique este auto a los estrados. Se hacen las prorogaciones necesarias de término probatorio, y pasado, se sentencia la causa definitivamente (ug).

(ug) Gutierrez, Apéndice citado. En la nota al número 16, observa la injusticia é impolítica que envuelve la disposicion de que se pronuncie sentencia contra el reo ausente, y recomienda la conveniencia de la práctica de los romanos que la suspendian, hasta que el reo se presentaba ó era capturado.

APÉNDICE FINAL.

INSTRUCCION APROBADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN AUTO ACORDADO DE 5 DE JULIO DE 1852,

dirijida à los Alcaldes para uniformar el procedimiento y hacer mas espedita la administracion de justicia.

Los alcaldes, en concepto de jueces, ejercen su jurisdiccion en cuatro géneros de causas, a saber: en negocios de jurisdiccion voluntaria; en causas civiles contenciosas de menor cuantía; en causas criminales hasta su determinacion sobre delitos leves, y en las primeras diligencias de las causas criminales que siguen en juicio escrito.

§. I.
Jurisdiccion voluntaria.

2—Se llaman negocios de *jurisdiccion voluntaria*, aquellos en que no hay parte que contradiga. Por ejemplo, cuando un pupilo pide que se le nombre tutor; cuando un albacea solicita la faccion de inventarios judiciales; cuando se pide la intervencion del juez, para la enagenacion de una finca.

3—En estos casos y en otros semejantes, el alcalde procede lo mismo que un juez de primera instancia: conoce del negocio, aunque sea de mayor cuantía: instruye el espediente por escrito; y ejerce sus funciones a prevencion con el juez de primera instancia del Departamento.

4—*Conocer á prevencion* quiere decir, que pueden conocer del negocio, así el juez del Departamento, como el alcalde de la respectiva poblacion;

pero que comenzado el negocio ante uno de los dos, ha de continuarle el primero que le comenzó.

5—Puede suceder que un negocio de jurisdiccion voluntaria se convierta en *contencioso.* Por ejemplo, si tratandose de nombrar tutor a un pu ilo, apareciese contienda sobre la persona á quien deba conferirse este cargo: si tratandose de insinuacion de un testamento, apareciese un pariente a impugnarle: si tratandose de enagenar una finca, se presentare alguno à resistir la enagenacion. Si acaeciese esta novedad, el alcalde debe suspender sus procedimientos, y pasar el negocio al juez de primera instancia del Departamento, para que le continúe.

§. II.
Juicios civiles.

6—Los alcaldes pueden conocer de negocios contenciosos, cuyo valor no esceda de cien pesos.

7—Estos negocios deben determinarse en juicio verbal.

8—Luego que alguna persona ocurra al alcalde poniendo demanda, se debe llamar a la parte demandada, para que conteste sobre aquel negocio; y este llamamiento es lo que se llama *citacion.*

9—Esta citacion puede hacerse por medio de una boleta, ó verbalmente por medio de un dependiente del juzgado, que esté autorizado al efecto.

10—Al hacerse la citacion se espresará su objeto, y el dia y la hora en que la parte citada deba comparecer.

11—Verificada la comparecencia de ambas partes, el alcalde las oirá, procurando imponerse bien del negocio y de las razones alegadas por ambas partes, á cuyo efecto podra hacer las preguntas que tenga por convenientes.

12—Cuando el alcalde esté ya bien impuesto del negocio, hará que se retiren las dos partes litigantes, y dictara la providencia que sea justa.

13—Si las partes estuviesen conformes en los hechos, dara desde luego la sentencia que debe concluir el negocio.

14—Aun cuando las partes no esten conformes en los hechos, el negocio podrá determinarse definitivamente, si las partes han presentado ya sus pruebas, o si aseguran que no tienen pruebas que dar.

15—Si alguna de las partes manifestase que tiene necesidad de probar algun hecho conducente para calificar la justicia de la demanda, el alcalde señalará término dentro del cual deba presentarse la prueba.

16—Este término sera comun á ambas partes, á fin de que una y otra puedan dar las que crean convenirles; y podrá prorogarse por el tiempo que el alcalde juzgue necesario, atendidas las circunstancias del caso, sin esceder el término legal.

17—Si la prueba fuese de documentos, deberán éstos manifestarse á la parte contraria para que se satisfaga y vea si le conviene impugnarlos, esponiendo el vicio de que adolezcan. Si la prueba fuere de testigos, éstos deben examinarse de uno á uno y bajo juramento. Y si la parte contraria pidiese verlos jurar, debe concedérsele.

18—Concluida la prueba, el alcalde pronunciará la sentencia, haciendo que se notifique á las partes interesadas.

19—En cada juzgado debe haber un *libro de juicios verbales*; y en él debera quedar constancia de todo lo que se practique en órden á estos juicios, espresando cual ha sido la demanda, cual la contestacion y cuáles las pruebas rendidas por una

y otra parte. Se han de espresar tambien las fechas en que se han tenido las comparecencias; y estas actas se han de firmar por el alcalde, y autorizar por el escribano del juzgado. Pero en falta de escribano, podrán autorizarse por dos testigos.

20—En el caso de que al alcalde se le presente dificultad para la resolucion, podrá consultar con las personas que merezcan su confianza, sean o no, letrados; pero no podrá gravar á las partes con honorarios de asesores.

21--En los juicios verbales no deberá admitirse que concurran otras personas con el caracter de abogados, ni que por este título se cobre de las partes cantidad alguna, por pequeña que sea.

22—Si alguna de las partes quisiere recusar al alcalde, deberá prestar juramento de que no lo hace maliciosamente, sino porque tiene motivos suficientes para recusarle.

23—Puesta la recusacion con la calidad espresada en el número próximo anterior, el alcalde deberá acompañarse, y el acompañado podra ser otro alcalde ú otra persona en quien concurran las calidades que la ley exije para ser alcalde.

24—Pero si el alcalde ante quien se pone la demanda, fuese interesado en ella, ó tuviese otro impedimento legal, debera abstenerse enteramente, y pasar el conocimiento del negocio á otro alcalde, si lo hubiere; y en su defecto á un regidor, prefiriendo el mas antiguo de los que estuvieren espeditos.

25—Si la parte demandada alegase que el alcalde no es juez competente para conocer en la demanda, se determinará previamente este punto; y si alguna de las partes apelase de esta determinacion, se otorgará el recurso y se esperara la resolucion para continuar, ó no, segun ella sea.

26—Lo mismo se practicará en el caso de que se presente algun obstáculo sobre legitimidad de las partes litigantes.

27—Así la acta del juicio, como las certificaciones que de ella se dieren, ó cualquiera otra cosa que haya de escribirse relativamente a estos juicios, ha de ser en papel sellado del sello cuarto.

28—Cuando el interes del pleito escede de diez pesos, la determinacion del alcalde esta sujeta al recurso de apelacion. Por lo que se otorgara este recurso, siempre que alguna de las partes lo interponga en tiempo oportuno.

29—El tiempo para apelar de las sentencias dadas en juicio verbal, es el de tres dias, contados desde la hora en que las partes quedaron cercioradas de la sentencia.

30—La apelacion se otorgará para el juzgado de primera instancia del Departamento.

31—Otorgada la apelacion, se sacara certificacion del juicio y se entregara a la parte apelante, para que la presente al juez que deba conocer del recurso.

32—Para evitar demoras maliciosas, el alcalde deberá exijir de la parte apelante que dentro de cierto tiempo le acredite haberse presentado al juez que deba conocer de la apelacion. Este tiempo podra ser el de tres dias, hallandose el juez de la apelacion en el mismo lugar. Pero si no estuviese en el mismo lugar, el tiempo deberá ser proporcionado, segun la distancia.

33—Cerciorado el alcalde de que el negocio está ya ante el juez de la apelacion, deberá esperar la resolucion de éste.

34—Comunicada al alcalde, en forma debida, la determinacion dada por el juez de apelacion, debera ejecutarla, sea cual fuere.

35—La sentencia pronunciada en juicio verbal, debe cumplirse luego que haya obtenido el carácter de *cosa juzgada.*

36—Obtienen este caracter: 1º cuando ha transcurrido el término de tres dias sin que alguna de las partes haya apelado: 2º cuando habiéndose continuado la apelacion, la sentencia haya sido confirmada

37—Si á consecuencia del recurso de apelacion, la sentencia fuere revocada ó reformada, se cumplirá la que se hubiere pronunciado en grado de apelacion.

38—El alcalde que termino un negocio en juicio verbal, es el ejecutor de la sentencia que sobre el mismo juicio se pronuncie en grado de apelacion, sea que confirme, reforme ó revoque la de primera instancia.

39—En la ejecucion de sentencias pronunciadas en juicio verbal, se procederá por la via de apremio.

40—En consecuencia, requerido el deudor, y no pagando dentro de segundo dia, el alcalde ocupará bienes equivalentes, los hará avaluar por peritos nombrados de oficio, señalará dia para el remate, anunciandolo por carteles, y los rematará en el mejor postor. El término para la practica de estas diligencias, es el de nueve dias inmediatos al último del requerimiento.

§. III.
Juicios verbales sobre delitos.

41—Los alcaldes pueden conocer y determinar negocios criminales sobre delitos leves, haciéndolo en juicio verbal.

42—Para este efecto se califican de *leves* los delitos siguientes: los hurtos de cosa cuyo valor no llegue á veinte y cinco pesos, siempre que no concur-

ran circunstancias agravantes: las injúrias, cuando no sean atroces; y las heridas que no hayan sido calificadas de graves, ni ejecutadas con circunstancias agravantes. Estos delitos servirán de regla para calificar otros de que pueda conocerse en juicio verbal.

43—En esta clase de negocios, el alcalde puede proceder de oficio; y lo hara luego que tenga noticia de que se ha cometido alguno de los delitos que deban castigarse en juicio verbal; pero por injúrias de palabra, el alcalde no procedera de oficio.

44—Ya sea sobre injúrias, o ya sobre otros delitos leves, el alcalde contará con el acusador, si lo hubiere, así como se ha dicho en las demandas civiles.

45—Las penas que pueden imponerse á los delincuentes, cuando se procede en juicio verbal, son las siguientes: servicio de carceles ú hospitales, prision ú obras públicas por un tiempo que no pase de cuatro meses, y penas pecuniarias que no escedan de cien pesos.

46—En esta clase de juicios está espedito el recurso de apelacion ante el juez de primera instancia del Departamento. Este recurso se interpondra y seguirá del mismo modo que queda dicho en los negocios civiles.

47—De lo que se practique en estos juicios ha de quedar constancia, a cuyo efecto se estenderá una acta en el libro correspondiente.

48—De esta clase de delitos pueden conocer tambien los jueces de primera instancia del Departamento respectivo, á prevencion con los alcaldes.

49—Las penas pecuniarias que se impongan por los alcaldes, fungiendo como agentes del poder judicial, deberan ingresar al fondo de gastos de justicia y estrados: los alcaldes deben cuidar de que asi

se cumpla, sin que en ningun caso pueda dárseles otro destino.

§. IV.
Sumarias.

50—El conocimiento de los delitos mayores, está sometido al juez de primera instancia que hay en el Departamento; pero las primeras diligencias de las causas que se instruyen sobre estos delitos, pueden practicarse por uno de los alcaldes de la respectiva poblacion.

51—Luego que el alcalde tenga noticia de haberse cometido alguno de esos delitos en el territorio de su cargo, pondra un auto que se llama *cabeza de proceso.*

52—Este auto se pone en la forma que se vá á decir, ú otra semejante.—*Por cuanto ahora que serán* tales horas, *se me ha dado aviso de haberse cometido* tal delito, *procédase á instruir el sumario correspondiente.*

53—Cuando el alcalde recibiese comunicacion del Corregidor o de otra autoridad competente, sobre haberse cometido algun delito, pondra á continuacion un decreto mandando que se instruya la sumaria correspondiente; y este decreto es el auto cabeza de proceso.

54—En cumplimiento de este auto debe instruirse el sumario: el objeto de este sumario es averiguar si en efecto se ha cometido aquel delito, y caso de haberse cometido, quién es el delincuente; y esta averiguacion se hace por uno de dos medios, ó por los dos juntos.

55—Puede hacerse por medio de testigos, ó por medio de reconocimientos, en el caso de que el delito sea de aquellos que dejan huella ó rastro.

56—Si el delito fuese de esta clase, el alcalde deberá ir lo mas pronto que pueda, á practicar el reconocimiento, á presencia de escribano ó testigos, y practicado, poner constancia de él en la sumaria ó causa que esta instruyendo.

57—El otro medio que se presenta para la averiguacion del delito, es el examen de testigos. Para eso el alcalde debe informarse de quiénes son las personas que hayan presenciado ó podido presenciar la perpetracion del delito: las hara comparecer, les tomará declaracion, y la estenderá en el sumario.

58—Cada una de las declaraciones que se tomen, debe firmarse por el mismo alcalde, por el declarante y por el escribano. Si el testigo no supiese firmar, se espresa que no firma por no saber hacerlo. No habiendo escribano, se pondran en su lugar dos testigos de asistencia.

59—Todo el que compareciese á declarar en una sumaria, como testigo de los hechos que se averigüen, deberá prestar juramento de decir verdad. Pero si hubiese necesidad de examinar como testigo algun niño que no haya llegado á la edad de doce años, no se le tomara juramento.

60—Los que depongan en la causa en concepto de peritos, podran evacuar sus deposiciones por medio de informe jurado.

61—Si el delito fuese un homicidio, se reconocerá el cadaver para ver si tiene algunas heridas, cardenales ú otras señales de haber sido dada la muerte violentamente, y se pondra en la sumaria constancia de este reconocimiento.

62—Si en el lugar hubiese facultativo, el alcalde hara que se practique diseccion del cadáver, y que el facultativo ponga sobre esto el informe correspondiente.

63—Si el delito fuere una herida, el alcalde cuidará de que sea reconocida por un facultativo. En el caso de no haberle, se echará mano de uno ó mas prácticos que se hayan ejercitado en ese ramo.

64—Si el delito fuese hurto que se hubiese practicado por medio de escalamiento, perforacion, fractura de llaves, o por otro medio que haya dejado señales, el alcalde reconocera esas señales, poniendo en el sumario constancia del reconocimiento que haya hecho.

65—Ya se haga la averiguacion por medio de testigos ó por medio de reconocimientos, el alcalde no se ha de limitar al hecho mismo que constituye el delito. Es muy conveniente, y á veces necesario, estender la averiguacion a otros hechos de donde pueda inferirse algun fundamento para esclarecer el hecho principal.

66—Los testigos deben examinarse uno despues de otro, asi como se ha dicho en los juicios civiles.

67—Si por ser índios ó estrangeros, no pudieren espresarse en el lenguage comun, se les examinará por medio de dos intérpretes; pero si no pudieren conseguirse dos, bastará uno. Estos intérpretes han de prestar juramento de cumplir fielmente su oficio. Tambien deben firmar la diligencia que se haya practicado con su intervencion.

68—Luego que de las diligencias practicadas aparezca que se ha cometido un delito, y ademas haya algun fundamento para créer quién ha sido el delincuente, se proveera el auto formal de prision, y se cuidará mucho de que en efecto se verifique la prision del presunto reo.

69—En el auto de prision debe espresarse el delito en que se funda la providencia. Por ejemplo, si la causa es de hurto, se dirá: *Redúzcase á prision*

formal á Fulano de tal *por hurto.*

70—Luego que esté proveido el auto de prision se sacará certificacion de él para entregarla al alcaide de la carcel.

71—Si el alcalde encontrare á alguno en el acto de delinquir, debe desde luego ponerle en la cárcel en calidad de detenido. Para esto basta que se dé al alcaide una órden por escrito.

72—Tambien podra procederse á la detencion, cuando racionalmente se tema la fuga del presunto reo.

73—La detencion no puede esceder de cinco dias. De manera que, al concluirse este término, el alcalde debe hacer una de dos cosas, ó proveer el auto formal de prision, ó poner en libertad al detenido. Deberá hacer lo primero, si de las diligencias practicadas apareciere comprobado el cuerpo del delito, y ademas, motivo fundado para creer que el detenido es el delincuente. Si no estuviere aun el cuerpo del delito comprobado, deberá poner en libertad al detenido. Lo mismo deberá hacer, aunque esté comprobado el cuerpo del delito, si no hubiere algun fundamento racional para creer que el detenido ha sido el delincuente.

74—Fuera de los dos casos referidos, el alcalde no debe proceder desde luego al arresto ó detencion de la persona que sospeche pueda resultar delincuente, sino que debe esperar a que el sumario ministre fundamento bastante para proveer el auto formal de prision. Para este efecto es bastante el dicho de un testigo, aunque éste padezca alguna tacha. Presunciones que den un grado de probabilidad igual al que queda indicado, seran tambien bastantes para la prision.

75—Verificada ésta se interrogará inmediatamen-

te al presunto reo, ó à lo mas tarde, dentro de cuarenta y ocho horas, del mismo modo que se hace cuando se le pone detenido. Este interrogatorio se reduce á saber: el nombre del preso, su edad, oficio, estado y vecindario: á preguntarle si sabe ó presume el motivo de su prision: á inquirir de él mismo donde estuvo, con quiénes se junto, y en qué se ocupó el dia en que aparezca haberse cometido el delito; y últimamente, a imponerle del motivo por qué se le ha puesto preso.

76—A quien declara como reo en una causa criminal, no se le exige juramento.

77—Si el presunto reo, ó alguno de los testigos, declarase refiriéndose á otras personas sobre puntos conducentes á la averiguacion del delito, se examinara sobre esos puntos á las personas citadas. Esto es lo que se llama *evacuar citas.*

78—*Cuerpo de delito* se llama el delito mismo. *Estar comprobado el cuerpo del delito*, quiere decir que en el sumario hay prueba bastante para creer que se ha cometido un delito.

79—Verificada la prision, se remiten las diligencias al juez respectivo del Departamento, quedando à su disposicion el presunto reo.

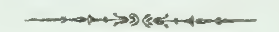
80—Cuando se dificulte la prision, podrán remitirse las diligencias, sin esperar la captura del presunto reo.

81—Cuando el alcalde está en distinta poblacion que el juez de primera instancia, remitirá la causa junto con el reo. Pero cuidara mucho de no remitir reo ninguno sin la causa correspondiente, y sin que ésta ministre fundamento bastante para la prision.

FIN.

ÍNDICE

DE LOS TÍTULOS QUE CONTIENE ESTE TOMO.



LIBRO IV.

FIN DEL ÍNDICE.



FÉ DE ERRATAS.

Pág.	*Lín.*	*Dice.*	*Léase.*
41	18	intrudujo.	introdujo.
57	22	intorrogatoria . .	interrogatoria.
68	3	*por indiviso.* . .	*pro indiviso.*
id.	7	las bienes	los bienes.
70	14	Part. 7.	Part. 5.
89	16	defincion.	definicion.
id.	30	intresado.	interesado.
106	35	Parlod.	Parlad.
107	6	pecunaria	pecuniaria.
121	33	treinta años . . .	veinte años.
136	21	prohitorios. . . .	prohibitorios.
id.	32	ocudiendo	acudiendo.
141	29	tiemqo	tiempo.
148	12	indecorosos. . . .	indecorosas.
149	34	sejeros	consejeros.
151	27	5 de diciembre. .	3 de diciembre.
id.	33	títilo	título.
163	8	escribano se requiere. .	escribano y ejercer el oficio, se requiere
204	33	*consentiendi.* . .	*consentienti.*
234	35	*indulugentia.* . .	*indulgentia.*
235	18	se llaman	se llama.
257	26	la órde.	la órden.
263	6	dede	debe.

NOTA.—*Despues de impresos los tomos 2° y 3°, se han advertido las siguientes erratas.*

Tomo 2.

Pág.	Lín.	Dice.	Léase.
243	11	estensiva á los descendientes.	estensiva á los ascendientes.

Tomo 3.

Pág.	Lín.	Dice.	Léase.
100	penúlt.	lib. 9 del Fuero Real . . .	lib. 3 del Fuero Real.
267	Cita 36.	Leyes 10 y 11 allí. . . .	Leyes 10 y 11 tit. 15 allí.

